UNIVERSITÉ DE LAUSANNE FACULTÉ DE DROIT

La responsabilité des médecins et de leurs auxiliaires notamment à raison de l'acte opératoire

THÈSE DE LICENCE

présentée
à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne

par
MICHEL NEY
licencié en droit
licencié ès sciences commerciales et économiques

1977

RENENS – IMPRIMERIE HERVÉ DÉNÉRÉAZ
– 1979 –

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546809_0001

La responsabilité des médecins et de leurs auxiliaires notamment à raison de l'acte opératoire

THÈSE DE LICENCE

par

MICHEL NEY

licencié en droit
licencié ès sciences commerciales et économiques

UNIVERSITÉ DE LAUSANNE FACULTÉ DE DROIT

La responsabilité des médecins et de leurs auxiliaires notamment à raison de l'acte opératoire

THÈSE DE LICENCE

présentée
à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne

par

MICHEL NEY

licencié en droit
licencié ès sciences commerciales et économiques

RENENS – IMPRIMERIE HERVÉ DÉNÉRÉAZ
– 1979 –

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

IMPRIMATUR

Le Conseil de la Faculté de droit, sans se prononcer sur les opinions de l'auteur, autorise l'impression de la thèse de M. Michel NEY, candidat à la licence en droit, intitulée: « La responsabilité des médecins et de leurs auxiliaires notamment à raison de l'acte opératoire. »

Le Doyen de la Faculté
Pierre Moor

Lausanne, le 31 août 1977

REMERCIEMENTS

Nous prions Monsieur le Professeur François Gilliard de bien vouloir trouver ici l'expression de notre reconnaissance pour ses précieux conseils et pour la bienveillance qu'il n'a cessé de nous témoigner durant l'élaboration de ce travail.

Notre vive gratitude s'adresse également à tous les médecins et compagnies d'assurance qui nous ont aidé dans notre recherche. Nous pensons notamment à la « Zürich », la « Bâloise » et la « Winterthur ».

Notre profonde reconnaissance va enfin aux praticiens qui ont eu la très grande amabilité de nous avoir prêté des ouvrages généralement introuvables à l'heure actuelle, de lire notre manuscrit, de nous accorder des entretiens et de nous faire part de leurs judicieuses observations.

A mon épouse,
A mes enfants
Jean-Marc, Pierre-Alain et Jacques-André

SERMENT D'HIPPOCRATE (1)

Je jure par Apollon, médecin, par Aesculape, Hygie et Panacée, par tous les dieux et toutes les déesses, et je les prends à témoin que, dans toute la mesure de mes forces et de mes connaissances, je respecterai le serment et l'engagement écrit suivant :

« Mon Maître en médecine, je le mettrai au même rang que mes parents. Je partagerai mon avoir avec lui et, s'il le faut, je pourvoirai à ses besoins. Je considérerai ses enfants comme mes frères et, s'ils veulent étudier la Médecine, je la leur enseignerai sans salaire ni engagement. Je transmettrai les préceptes, les explications et les autres parties de l'enseignement à mes enfants, à ceux de mon Maître, aux élèves inscrits et ayant prêté serment suivant la loi médicale, mais à nul autre.

« Dans toute la mesure de mes forces et de mes connaissances, je conseillerai aux malades le régime de vie capable de les soulager et j'écarterai d'eux tout ce qui peut leur être contraire et nuisible. Jamais je ne remettrai du poison, même si on me le demande, et je ne conseillerai pas d'y recourir. Je ne remettrai pas d'abortifs aux femmes.

« Je passerai ma vie et j'exercerai mon art dans la pureté et le respect des lois.

« Je ne taillerai pas les calculeux, mais laisserai cette opération aux praticiens qui s'en occupent (2).

« Dans toute maison où je serai appelé, je n'entrerai que pour le bien des malades. Je m'interdirai d'être volontairement une cause de tort ou de corruption, ainsi que toute entreprise voluptueuse à l'égard des femmes et des hommes, libres ou esclaves. Tout ce que je verrai ou entendrai autour de moi, dans l'exercice de mon art ou hors de mon ministère, et qui ne devra être divulgué, je le tairai et le considérerai comme un secret.

« Si je respecte mon serment sans jamais l'enfreindre, puissé-je jouir de la vie et de ma profession et être honoré à jamais parmi les hommes. Mais si je le viole et deviens parjure, qu'un sort contraire m'arrive. »

(1) Texte traduit du grec par Littré
(2) Cette phrase est considérée par P. Theil comme un additif « qui rompt quelque peu l'unité élevée de l'ensemble ». L'adjonction aurait eu lieu à l'époque alexandrine.

AVANT-PROPOS

Avant de préparer cette thèse, notre activité juridique dans le secteur privé nous a donné l'occasion de nous appliquer à de multiples problèmes de responsabilité civile notamment au sein d'une entreprise d'ingénieurs-conseils. Notre intérêt pour cette partie du droit s'est ainsi développé. En outre, fréquentant de nombreux médecins, nous étions très souvent confronté à des casus de responsabilité médicale. Enfin, au cours des années 1968-70, de retentissants procès en France ont mis les anesthésistes en vedette, bien malgré eux, et les vives controverses qu'ont suscitées ces procès dans la presse et au sein du corps médical nous ont incité à étudier la responsabilité des médecins envisagée plus particulièrement à raison de l'acte opératoire.

A) La responsabilité civile dans le monde est en pleine mutation

Comme le remarque en substance le Prof. GILLIARD dans son rapport (1) présenté en 1967 à la société suisse des Juristes, « Vers l'unification du droit de la responsabilité », un accident ordinaire aux yeux de nos contemporains est présumé imputable à une faute. L'homme moderne croit que l'état actuel des connaissances techniques doit normalement écarter tout risque ; il répugne à la fatalité. Notre sensibilité est finalement plus vive que celle de nos ascendants. Un accident provoque facilement une réaction indignée de l'opinion.

En outre, les occasions de commettre une faute sont beaucoup plus nombreuses aujourd'hui que dans le passé. En effet, la puissance de la machine provoque des disproportions souvent flagrantes entre la faute et ses conséquences. Il est dès lors difficile de garder son sang-froid et de ne pas inférer presque automatiquement de la gravité du dommage la gravité de la faute.

Devant une technique toujours plus envahissante et une socialisation sans cesse plus poussée, la tendance actuelle de la jurisprudence est d'exiger le maximum de précautions ; elle attribue une importance réduite aux difficultés inhérentes à la profession du défendeur. On accorde moins de mansuétude à l'auteur d'un dommage, surtout s'il apparaît, à tort ou à raison, comme étant la partie forte et l'acrimonie vis-à-vis des professions libérales s'accroît au point de devenir alarmante aux Etats-Unis (2).

La responsabilité civile est toujourss fonction du degré de civilisation ; elle est le reflet de la vie sociale et économique d'un pays. Elle est donc en perpétuelle évolution et ne pourra que refléter les revendications sociales et la contestation généralisée des valeurs qui caractérisent notre époque (3).

(1) Pp. 197-200.

(2) DEBRAY, p. 32 ; BRUNHES, p. 193 ; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 20 ; LOMBARD, pp. 257-258 ; BAGLIN, p. II.

(3) PHARAON, pp. 133-134 ; BAGLIN, p. 19 ; GILLIARD, Rapport, pp. 199-200.

B) Parallèlement la médecine aussi évolue

Les progrès et les perfectionnements constants de la médecine ont occasionné une extension presque brutale du champ de la responsabilité des praticiens. Au début du XIX[e] siècle, le corps médical avait commencé par nier toute responsabilité en alléguant le caractère conjectural de la médecine. Il y a encore quelques décennies, personne ne se préoccupait vraiment des rapports de droit pouvant exister entre un médecin et ses patients. Les procès en responsabilité étaient d'ailleurs rares et les tribunaux n'avaient en définitive à juger que des maladresses évidentes, grossières et sautant aux yeux du profane (4).

De nos jours, il en va tout autrement et les réclamations judiciaires ou extrajudiciaires des malades contre l'homme de l'art augmentent sans cesse pour de multiples raisons:

1) L'efficacité des nouvelles techniques chirurgicales et la puissance des récents moyens thérapeutiques rendent intolérables aux yeux de beaucoup de patients un échec pourtant toujours possible dans le traitement d'une affection même banale (5).
2) Les découvertes médicales toujours plus audacieuses sont livrées en détails et avec complaisance au public par l'entremise de la presse, de la radio et de la télévision. « La prise de conscience sanitaire » de la population est un événement essentiellement contemporain et la vulgarisation fait perdre à la médecine le caractère « sacerdotal, hermétique, mystérieux et presque magique » qu'elle avait auparavant et qui dispensait ceux qui la pratiquaient de rendre des comptes (6).
3) Le paiement des cotisations à la sécurité sociale, cette organisation de la solidarité des hommes devant le péril de la maladie, crée chez beaucoup de citoyens l'illusion d'un « droit à la guérison » (7).
4) Le développement généralisé des assurances privées incite l'individu à refuser le coup du sort et à croire que le risque peut être banni de l'existence quotidienne (8).
5) La socialisation et la « commercialisation » de la médecine ainsi que son morcellement en spécialités de plus en plus étanches ont profondément modifié les conditions de son exercice et ont certainement contribué à créer un malaise chez le patient (9).
6) Certains malades pensent, à tort ou à raison, que la conscience professionnelle des médecins a tendance à devenir moins exigeante.

Ces divers phénomènes s'enchevêtrent, se conjuguent et transforment profondément le comportement des patients ainsi que celui des médecins. La

(4) BRUNHES, pp. 25-26; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 3 et 4; THELIN, p. 15.
(5) MALHERBE, p. 5.
(6) DEBRAY, pp. 14, 218-219; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 4; du même auteur, Resp. du médecin, p. 15, note 11; LOMBARD, pp. 264, 281-282; FROGE, pp. 5, 15-16.
(7) DEBRAY, pp. 14 et 31; MALHERBE, p. 5; SAVATIER, Traité, pp. 26-27; BRUNHES, pp. 19, 20 et 176.
(8) THELIN, pp. 11, 34 et 117; PHARAON, p. III.
(9) SAVATIER, Traité, pp. 25-27.

quérulence du public s'accroît, parfois sous l'influence d'hommes de loi peu scrupuleux, notamment aux Etats-Unis. «Cette évolution risque d'ouvrir une ère judiciaire où chaque praticien s'expose à trébucher sur une alternative tragique qui le menace: guérir ou être condamné (10).»

C) La technique et la pratique sont toujours en avance sur le droit

La plupart des codes civils européens ont été rédigés à une époque où le législateur ne pouvait pas envisager la nature et l'ampleur des dommages qui pourraient se produire un siècle plus tard (11).

La règle de droit ne s'adapte jamais immédiatement à une situation nouvelle ou à des relations humaines inédites et complexes. Faute de textes appropriés, c'est donc à la jurisprudence qu'il incombe d'envisager des solutions aux problèmes moraux que pose le progrès technique, en s'inspirant naturellement des principes généraux du droit. Dans le domaine de la responsabilité médicale notamment, la jurisprudence consacre souvent la pratique lorsque celle-ci ne heurte pas les règles du droit positif (12).

La jurisprudence du Tribunal fédéral concernant la responsabilité civile du médecin est insuffisante; elle ne comprend que peu d'arrêts qui de plus sont souvent assez anciens. Elle est partielle et présente un caractère occasionnel. En général, il ne s'agit que de cas d'espèce, ne dépassant pas les circonstances du litige, ne constatant ou n'appréciant que des exemples concrets: il y a donc peu d'arrêts de principe. Le T.F. ne pose que quelques règles générales, relevant du simple bon sens. Vu le peu de causes qui lui sont soumises, notre haute Cour n'a pas eu l'occasion d'analyser en détail le contrat de soins médicaux et de dégager ainsi une systématique dans ce domaine. Cette jurisprudence n'a donc qu'une faible portée et n'est pas susceptible de donner des réponses aux questions que se pose quotidiennement le praticien (13).

En Suisse, la plupart des litiges entre patients et médecins se règlent extrajudiciairement, au niveau des assurances de la responsabilité civile.

D) Fondements variés de notre essai de système de responsabilité médicale eu égard à l'insuffisance du droit suisse en cette matière

La doctrine et la jurisprudence suisses concernant l'acte chirurgical étant peu abondantes, nous avons donc été contraint de faire de nombreuses incursions dans le droit étranger, plus particulièrement dans le droit français. C'est en

(10) FROGE, p. 5; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 11 et 20; BRUNHES, pp. 19, 20, 193.

(11) PHARAON, pp. 133 et 135; GILLIARD, Rapport, p. 218; LOMBARD, pp. 217, 218 et 238.

(12) MALHERBE, p. 7; BRUNHES, p. 47.

(13) THELIN, pp. 21, 29, 34 et 121; GILLIARD, p. 218.

France en effet que les problèmes qui nous intéressent (notamment l'acte opératoire et le partage des responsabilités entre les collaborateurs du chirurgien au sein de l'équipe) ont été le plus largement traités par les tribunaux et par d'éminents jurisconsultes dont la réputation dépasse largement le cadre national.

C'est également en France que nous avons cru trouver en ces matières la conception juridique et déontologique s'accordant le mieux avec les principes généraux de notre droit et les usages de nos assurances RC (14). Enfin, par affinité, la pratique médicale française et celle de la région lémanique sont souvent assez proches.

Aussi, dans la mesure où les solutions de droit adoptées à l'étranger étaient compatibles avec notre système juridique et notre mentalité, nous les avons prises en considération mutatis mutandis, en raisonnant par analogie ; dans les pays développés, l'œcuménisme de la médecine l'emporte sur les particularités nationales de chaque droit ainsi que l'ont notamment démontré les actes du premier Congrès de Droit Médical à Gand au mois d'août 1967 (15).

Outre le droit étranger comparable, nous avons aussi fondé notre étude sur la pratique des assurances, sur les us et coutumes, les habitudes et la déontologie médicales, du moins quand elles s'accordaient avec les principes généraux du droit suisse. Nous avons tenté, à partir de ces éléments épars, d'élaborer une systématique.

E) Les progrès scientifiques, les découvertes biologiques et l'évolution sociale posent au juriste et au médecin des problèmes éthiques nouveaux et imprévus

Prenons deux exemples parmi tant d'autres :

1) Les nouvelles techniques de réanimation favorisent un acharnement thérapeutique parfois critiquable.
2) La récente possibilité des greffes d'organes oblige à déterminer le moment de la mort et à fixer les critères de son diagnostic précoce.

L'objectif du juriste — la protection des droits de la personne qu'il sent menacés — s'oppose parfois à la tentation du médecin de tout plier aux exigences de la recherche et de l'expérimentation thérapeutique. Le juriste tendra donc naturellement à limiter la portée de la déontologie médicale trop inspirée à son avis par un esprit corporatif et paternaliste contestable. La déontologie doit se borner à n'être qu'un « champ libre » situé à l'intérieur de limites légales. Toutefois, l'essor même des sciences médicales donne désormais à cette déontologie une importance plus grande qu'auparavant (16).

La nature des problèmes reste la même, mais les données ont changé de dimension. La puissance des moyens d'action que la médecine moderne met à la disposition du praticien place celui-ci en face de dilemmes que le bon sens, la sagesse et la seule conscience ne suffisent plus à résoudre.

(14) En 1936, THILO (Resp. du médecin, p. 5) notait déjà que le juge suisse s'inspirait souvent de la doctrine et de la jurisprudence françaises en matière de responsabilité civile médicale.
(15) BRUNHES, pp. 189-191.

Auparavant, les études concernant la violation par le praticien de ses obligations contractuelles se limitaient en gros à l'examen du contenu de la faute professionnelle (manquement aux règles de l'art). Pour notre part, nous désirons également nous attacher à l'analyse de deux notions qui ont surgi depuis environ vingt ans au sein de la responsabilité civile médicale:

— *La décision médicale*, c'est-à-dire la balance du risque inhérent au traitement (sa nocivité éventuelle) comparé au bienfait escompté dudit traitement et aux dangers spontanés de l'évolution de la situation pathologique en cas d'abstention thérapeutique. Nous serons ainsi amené à définir les conditions de nature diverse que doit remplir tout acte médical pour être normal, donc licite.

— *Le partage de la responsabilité* entre les différents membres de *l'équipe chirurgicale*.

F) La littérature existante concernant la responsabilité médicale ne considère pas tous les aspects du problème

Les ouvrages de Thilo, de Thélin, de Loeffler, notamment, sont déjà anciens; ils n'ont donc pas pu aborder les deux problèmes nouveaux susmentionnés.

Les ouvrages récents sont presque tous étrangers; ils sont parfois remarquables. Cependant, ils analysent rarement — et s'ils le font, c'est de manière superficielle ou fragmentaire — la nature particulière de l'acte médical ainsi que les mécanismes et les paramètres de la décision, ne faisant que quelques allusions éparses et hétéroclites, noyées dans le texte sans jamais vraiment tenter une synthèse.

Le problème de la responsabilité médicale est ainsi traité de manière trop abstraite et artificielle, ce qui laisse le praticien sur sa faim. Les professionnels, qu'ils soient médecin, architecte, ingénieur, etc., reprochent au juriste de méconnaître la nature profonde, les difficultés et les aspects techniques ou humains du domaine spécialisé qu'il aborde et auquel il veut appliquer ses raisonnements. Ils estiment que le juriste ne tient pas assez compte des circonstances, ni des situations spécifiques, qu'il impose en somme de l'extérieur des règles bâties dans le vide. Or le droit, et particulièrement le droit des obligations, ne saurait être une

(16) MALHERBE, pp. 7 et 21; BRUNHES, pp. 32 et 47; DEBRAY, p. 10.
La jurisprudence tente de réaliser:

1) *La conciliation* nécessaire mais difficile entre les *règles traditionnelles de la médecine libérale*, les impératifs créés par *les progrès de la médecine et les exigences de l'évolution* et de la sécurité sociales.

2) Le *compromis* malaisé entre une *sévérité nécessaire* envers le médecin — dont les pouvoirs thérapeutiques s'accroissent sans cesse — afin de protéger le patient et la *crainte de brider l'initiative du praticien* par la peur de représailles injustes de la part du malade, ce qui ne manquerait pas d'instaurer la pratique d'une médecine défensive comme aux Etats-Unis.

Sans écarter l'application des principes généraux du droit (ce qui créerait un privilège inadmissible au profit d'une corporation), la jurisprudence admet équitablement un aménagement des principes afin de tenir compte de la nature particulière de l'acte médical (cf. BRUNHES, pp. 18-19 et 47; PHARAON, pp. II-IV; LOMBARD, p. 47; PENNEAU, p. 20.)

fin en soi. Il faut concilier ses principes généraux qui sont normatifs et les exigences de la réalité quotidienne qui pratiquement sont contraignantes.

Le juriste a tout loisir, dans le silence feutré de son cabinet, « de rechercher la conduite la plus adéquate, vu qu'il connaît d'ailleurs le danger puisque le résultat s'est déjà produit. Il y a divorce entre la réalité vécue et l'image post-fabriquée qu'en donne la lourde machine judiciaire: le défendeur a le sentiment que le jugement ne tient pas suffisamment compte des circonstances (17)», notamment de la fièvre de l'action, des pressions de tous ordres, de l'urgence. « Le temps de réflexion est, en quelque sorte, une des dimensions de la faute (18). »

Comprendre « de l'intérieur» les principaux aspects de l'acte médical et chirurgical nous a paru un impératif prioritaire, préalable à tout développement et à toute recherche juridique. « La première démarche à faire, lorsque l'on aborde l'examen d'une institution juridique, consiste à examiner les situations de fait que celle-ci a pour but de régler (19)».

Nous avons ainsi tenu à assister à quelques opérations en salle et à discuter de leurs problèmes avec de nombreux praticiens afin de nous familiariser, autant que faire se peut pour un profane, avec l'acte opératoire.

G) Le plan de l'ouvrage

Nous avons divisé notre thèse en quatre parties:

1. **La responsabilité civile du médecin en général** comprenant les éléments désormais classiques (le contrat de mandat, le consentement du patient, les obligations des parties, la causalité, la faute, le dommage et sa réparation, etc.). Nous passerons en revue certaines institutions juridiques importantes du code des obligations même si elles sont des notions courantes pour le civiliste. Nous chercherons à asseoir, plus solidement si possible, les solutions des problèmes concernant l'acte opératoire qui seront traités dans la troisième partie (20).
2. **La description purement technique de l'acte opératoire lato sensu** depuis la consultation au cabinet privé du chirurgien jusqu'à la sortie de clinique, notamment la narration du déroulement d'une opération type.
3. **Le partage des responsabilités au sein de l'équipe chirurgicale**

Nous examinerons d'abord quels sont les participants à l'acte opératoire (chirurgien, anesthésiste, auxiliaires, clinique et patient). Nous ferons une très brève analyse de leur statut juridique et de leurs rôles respectifs; nous mentionnerons les conditions légales requises pour pratiquer la médecine et pour obtenir le titre de spécialiste FMH. Nous ferons donc quelques incursions dans le droit public fédéral et cantonal.

(17) GILLIARD, Rapport p. 20.
(18) Ibid.
(19) TERCIER, Le tort moral, p. 8.
(20) Cette première partie constitue en quelque sorte une « partie générale» de la responsabilité civile du médecin.

Nous étudierons également les obligations spécifiques de chaque membre de l'équipe opératoire. Nous serons amené à examiner si les contrats prévus par notre code des obligations suffisent à expliquer les relations fort complexes qui se nouent entre les membres de l'équipe et celles qui les lient au patient et à la clinique. Nous avons choisi plus particulièrement les collisions de responsabilités, car c'est lorsque l'on cherche à répartir un dommage entre divers auteurs possibles que l'analyse de la responsabilité médicale permet de cerner avec plus de précision les obligations respectives des membres de l'équipe.

4. **L'acte médical licite**

Nous tenterons de saisir la nature particulière de l'acte médical en analysant brièvement les éléments spécifiques qui le caractérisent (atteinte à l'intégrité corporelle, risque inhérent, règles de l'art, aspect conjectural, etc.). Nous rappellerons, en précisant leur contenu à l'époque actuelle, quelles sont les principales valeurs de la médecine, c'est-à-dire sa finalité aux yeux des tribunaux et de la déontologie. Nous pourrons alors étudier les mécanismes et les paramètres essentiels de la décision médicale; nous essayerons de fixer quelles sont les diverses conditions éthiques, juridiques et techniques que doit remplir tout acte médical pour être normal, donc licite.

Le sujet est très vaste, aussi n'avons-nous pas la prétention de l'avoir épuisé. Nous avons dû opérer un choix: certaines notions n'ont été mentionnées que pour mémoire; d'autres ont été esquissées à grands traits et nous avons renoncé à un examen approfondi qui aurait dépassé les limites de notre travail.

Parmi la très grande diversité des collisions de responsabilités qui entraient en considération, nous avons retenu celles qui se présentent le plus fréquemment dans la pratique.

Peut-être y a-t-il quelque témérité à aborder tant de sujets dans un seul ouvrage. Notre objectif était d'ordonner, si possible de clarifier, une matière volumineuse et disparate. Certains chapitres de notre thèse pourraient faire à leur tour l'objet de monographies. De plus, nous avons posé souvent plus de problèmes que nous n'en avons résolus.

Enfin, nous avons tenu à étudier de nombreux cas concrets pour mieux illustrer notre analyse et pour ne pas donner à notre ouvrage une portée uniquement théorique. En effet, comme le remarque le professeur Gilliard, «plus qu'aucun autre domaine du droit, la responsabilité civile nécessite l'étude de nombreuses espèces. Les idées abstraites sont presque toujours séduisantes à première vue: seuls les cas concrets révèlent l'injustice des solutions et l'incertitude des critères (21)».

(21) GILLIARD, Rapport, pp. 195-196.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

Abt.	Abteilung
Admin.	Administratif
al.	Alinéa (s)
Ann. de méd. lég.	Annales de médecine légale
Arch.	Archives
art.	Article (s)
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand du 18 août 1896)
BGE	Entscheidungen des Bundesgerichts
BIZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung, Zurich
BJP	Bulletin de jurisprudence pénale, Berne
Bull.	Bulletin
c.	Considérant
C.A.	Cour d'Appel
Cass.	Cour de Cassation (française)
Cass. civ.	Cour de Cassation. Chambre civile
Cass. crim.	Cour de Cassation. Chambre criminelle
Cass. req.	Cour de Cassation. Chambre des requêtes
CCfr.	Code civil français
CC (S)	Code civil suisse, du 10 décembre 1907
CF ou cf.	Conferre. Voir, se reporter à
CF	Constitution fédérale
ch.	Chiffre
Chap.	Chapitre
Chron. ou Chr.	Chronique (Dalloz)
Civ.	Cour de Cassation. Chambre civile
CO	Code des obligations, des 30 mars 1911/18 décembre 1936
Conc. Méd.	Concours Médical
cons.	Considérant
contra	Contrairement à
CP (S)	Code pénal (suisse) du 21 décembre 1937
Crim.	Cour de Cassation criminelle (France)
D	Dalloz (puis Dalloz et Sirey). Recueil analytique et critique de jurisprudence et de législation, Paris
D.A.	Dalloz analytique
D.C.	Dalloz. Recueil critique de jurisprudence et de législation, Paris
D.H.	Dalloz. Recueil hebdomadaire, Paris
D.P.	Dalloz périodique, Paris
Dr.	Docteur
éd (it).	Edition
etc.	Et caetera
ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
FJS	Fiches juridiques suisses, Genève
FMH	Foederatio Medicorum Helveticorum
Gaz. Pal. ou G.P.	Gazette du Palais, Paris
gén.	Général
Ibid.	Ibidem. De même, du même
in.	Dans, paru dans, publié dans ou par
infra	Ci-dessous
J.C.P.	Juris Classeur Périodique, Paris
J.d.T	Journal des Tribunaux, Lausanne
JT	Journal des Tribunaux, Bruxelles
Jurispr.	Jurisprudence
Komm.	Kommentar
LAMA	Loi fédérale sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents, du 13 juin 1911
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière, du 19 décembre 1958
litt.	Lettre (littera)
LOS	Loi vaudoise sur l'organisation sanitaire, du 9 décembre 1952
méd.	Médecine ou médical(e)
No	Numéro
nouv.	Nouveau
observ.	Observations
OMS	Organisation Mondiale de la Santé
op. cit.	Ouvrage cité
OR	Obligationenrecht
ORL	Otorhynolaryngologie
p. ou pp.	Page(s)
par.	Paragraphe
Prof.	Professeur
Rapp.	Rapport
RC	Responsabilité civile
RDS	Revue de droit suisse, Bâle

rem.	Remarque(s)
rés.	Résumé
resp. civ.	Responsabilité civile
Rev.	Revue
Rev. int. dr. comp.	Revue internationale de droit comparé
Rev. trim. dr. civ.	Revue trimestrielle de droit civil, Paris
RJB	Revue de la société des juristes bernois, Berne
RO	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral, Lausanne
RPS	Revue pénale suisse
RSJ	Revue suisse de jurisprudence, Zurich
S	– Recueil Sirey, Paris – Seite (page)
Sect.	Section
Sem. jurd.	Semaine juridique
SJ	La Semaine judiciaire, Genève
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung, Zurich
Somm.	Sommaires
ss.	Et suivant(es)
SSJ	Société suisse des juristes
Str. K.	Strafkammer
Suppl.	Supplément
supra	Ci-dessus
SUVA	Schweizerische Unfallversicherung
SVM	Société vaudoise de médecine
T	Tome
TF	Tribunal fédéral
Tr.	Traité
Trib.	Tribunal
Trib. civ.	Tribunal civil
Trib. corr.	Tribunal correctionnel
Trib. gd. Inst.	Tribunal de grande Instance
trim.	trimestriel(le)
Vol.	Volume
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Berne
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bâle
Ztschr.	Zeitschrift

Première partie

La responsabilité civile du médecin en général

Chapitre I

Fondements de la responsabilité médicale

Section 1. Bref historique de la responsabilité médicale

A) Il n'est pas dans notre intention de retracer en détail l'histoire de la responsabilité médicale. Le lecteur intéressé pourra se reporter à l'excellent ouvrage de KORNPROBST (1), qui a consacré de nombreuses pages à ce sujet et qui a établi une abondante bibliographie.

La question est « aussi vieille que la corporation des médecins » et elle a soulevé « depuis fort longtemps les plus vives controverses » (2).

« S'il est vrai que le problème n'est apparu dans toute son ampleur que depuis un demi-siècle environ, et si l'on s'accorde à dire que la première décision d'importance rendue en France remonte à 1835, il serait inexact de croire que la question ne se soit pas posée avant.

En réalité, elle a toujours été latente et s'est posée, avec plus ou moins d'acuité suivant les époques et l'état social ; aussi loin que l'on remonte dans l'étude du droit et des institutions, on trouve la préoccupation de savoir si le médecin doit répondre de ses échecs (3). »

B) L'histoire de la responsabilité médicale débute à Babylone (4) plus de deux mille ans avant notre ère ; du moins le célèbre code d'Hammourabi (5) est-il le document le plus ancien qui nous soit connu à l'heure actuelle. Il prévoit déjà certaines peines corporelles graves « applicables aux médecins incompétents et maladroits » (6), par exemple :

(1) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 27-61 et pp. 103-113.
(2) POMMEROL, p. 9.
(3) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 27.
Voir aussi LOMBARD, pp. 19-20 : « Si nous faisons maintenant un bref tour d'horizon historique de la responsabilité médicale à travers les âges, nous retrouverons cette dualité du médecin responsable et du sorcier irresponsable, l'accent étant mis sur l'un ou l'autre de ces aspects suivant les époques ou les civilisations, le contexte politique ou religieux. »
Cf. également BOYER CHAMMARD, pp. 7-8.
(4) LOMBARD, p. 20.
(5) BOYER CHAMMARD, p. 7 ; cf. aussi FROGE, p. 15.
(6) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 27.

« Si un chirurgien, incisant un abcès, perd le malade ou l'œil du malade, on lui coupera la main.

Si, par une incision maladroite, il perd l'œil de l'esclave, il paiera la moitié de la valeur de l'esclave (7). »

« La responsabilité du médecin varie ici avec le risque de l'intervention médicale d'une part, de l'autre, d'après le rang social du patient, et, plus le risque est grand, plus le médecin gagne en cas de réussite et plus la faute pèse en cas d'échec (8). »

En Egypte, comme le rapportent Hérodote et Diodore de Sicile, le *Livre Sacré* énonçait le principe de la responsabilité médicale tout comme le code imposé avant notre ère par Darius, au VIème siècle (9). Le papyrus égyptien « Smith » (150 ans avant J.-C., environ) ne retient la responsabilité du médecin que dans le cas où un succès paraît possible (10).

Tous les principes concernant la responsabilité médicale se trouvent dans les textes d'Hippocrate, et pas seulement dans le serment fort connu (11). Il faut en outre signaler qu'Hippocrate sera le premier à concevoir une médecine laïque, fondée essentiellement sur l'observation, l'expérience et le raisonnement (12).

C) A Rome, la question de la responsabilité médicale se pose différemment selon l'époque, l'organisation sociale du moment et le statut particulier du médecin. L'exercice de la profession était libre ; à l'origine la médecine ne fut pratiquée que par des esclaves. Les Romains manifestaient alors une répugnance profonde et bien connue pour la médecine dont Caton affirmait qu'elle corrompait les mœurs (13). César accorda toutefois le droit de cité aux médecins et créa un corps de santé militaire remarquable ; les médecins obtinrent dès lors de multiples privilèges et avantages (14).

Il faut noter encore que, depuis la mort d'Hippocrate, la médecine avait reculé ; les praticiens renonçaient aux méthodes rationnelles dégagées par le grand thérapeute grec pour recourir à nouveau à des recettes fantaisistes ou magiques (15). Ce ne sera qu'avec Sextus Empiricus (IIIème siècle de notre ère)

(7) LOMBARD, p. 20 ; FROGE, p. 15.

(8) FISCHER, A propos de l'évolution de la responsabilité du médecin, dans Bulletin des médecins suisses, N° 28, du 16.7.1975, p. 1043.

(9) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 27-28. L'auteur signale notamment que selon la loi, le médecin prenait en charge son malade les trois premiers jours « aux périls et fortune du patient » ; mais, les trois jours passés c'était « aux siens propres que la cure se poursuivait ».

(10) FISCHER, op. cit., p. 1043. L'auteur montre que ce document contient des conseils de prudence donnés au médecin quand les chances de succès sont minimes : le médecin doit s'abstenir. C'est déjà une application de la fameuse médecine défensive.

(11) Ibid., pp. 1043-1045. Hippocrate conseille au médecin, qui doit être conscient des limites de son art, de dire d'avance « qui mourra et qui restera en vie » afin de *dégager sa responsabilité*. Mais, contrairement au papyrus « Smith », Hippocrate renonce à une attitude défensive devant la maladie. Le praticien ne doit pas refuser tout soin aux patients inguérissables. De toute façon l'échec n'engage pas la responsabilité du médecin du moment que le malade est informé de son incurabilité.

(12) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 29 ; Voir aussi FROGE, p. 15, qui souligne que Platon est un partisan convaincu de l'immunité médicale à la différence d'Aristote.

(13) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 31.

(14) Ibid., p. 33.

(15) Ibid., p. 32.

que « l'observation raisonnée et affranchie de toute superstition aboutira aux premières découvertes anatomiques et assujettira la thérapeutique et l'art de soigner aux résultats d'une véritable expérience. Alors la médecine prendra un caractère nettement scientifique » (16).

Sur le plan pénal, la *Lex Cornelia* (17) énumère une série de délits relatifs à l'art médical et prévoit des sanctions très sévères. Sur le plan civil, la *Lex Aquilia* (18) s'appliquera aux médecins « quand la chose était réalisable ». Cependant, la difficulté de la preuve (19) assure pratiquement une immunité totale au médecin (20). Notons enfin que Rome n'a vraisemblablement pas connu la responsabilité contractuelle du médecin (21).

D) Sous l'ancien droit français, après une époque d'extrême sévérité, le principe de la responsabilité juridique du médecin sera peu à peu oublié au cours des siècles (22).

Au moyen-âge, la médecine se distingue souvent mal de la sorcellerie et de la magie. Le médecin, « vrai thaumaturge, presque surhomme », est abondamment raillé (bien avant Molière) pour son allure, son costume et son jargon ; cependant son prestige s'accroît et son immunité s'affirme (23).

En 1696, le Parlement de Paris déclara une fois pour toutes qu'en somme le malade n'a qu'à s'en prendre à lui-même du mauvais choix d'un médecin qui l'a mal soigné « quia aegrotus debet sibi imputare, cur talem elegerit » (24) :

« Les chirurgiens ne sont pas garants et responsables de leurs remèdes tant qu'il n'y a que de l'ignorance et de l'impéritie de leur part » (25).

Cependant, dès le début de la Renaissance, des réactions s'esquissent contre l'immunité des médecins sous la forme d'édits royaux, d'arrêts de Parlements de Paris ou de province (26). Une partie de la doctrine défend également le principe de la responsabilité médicale, notamment Domat et Pothier (27), sans parler des écrivains, tels Molière ou Voltaire par exemple.

(16) Ibid., p. 29.
(17) Ibid., pp. 33-34.
(18) Ibid., pp. 34-35 ; cf. aussi POMMEROL, p. 9.
(19) Difficulté toujours actuelle, note justement KORNPROBST.
(20) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 34.
(21) Ibid., p. 36.
(22) LOEFFLER, p. 3 ; cf. aussi KORNPROBST, Resp. du médecin, qui relève notamment que les textes sont si durs qu'on hésite parfois à les appliquer ; cependant les exécutions de médecins ne sont pas rares (pp. 39-40).
(23) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 41. L'auteur rappelle en outre qu'à cette époque « la souffrance avait une valeur spirituelle ».
(24) Ibid., p. 41.
(25) LOEFFLER, p. 3 ; POMMEROL, p. 15.
Dans le même sens, un autre arrêt rendu par le Parlement de Bordeaux en juin 1714.
(26) POMMEROL, p. 9, remarque que « les Parlements avaient pris quelquefois parti contre des médecins incapables ; mais leur jurisprudence était inconstante et indécise, et elle manifestait le plus souvent une tendance regrettable à absoudre leur ignorance et leur maladresse ».
POMMEROL note encore (pp. 29-30) que les Parlements n'hésitaient pas à « prendre parti dans les discussions qui agitaient le monde médical et ils apportaient aux opinions des maîtres de l'art le poids de leur autorité ; ils approuvaient ou condamnaient catégoriquement tel ou tel remède » (comme l'usage de l'antimoine dans la thérapeutique interne qui opposa la Faculté de Paris et celle de Montpellier pendant un siècle).
(27) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 44-50.

Toujours dans l'optique de garantir aux patients une certaine qualité des soins, la Faculté de Médecine de Paris faisait prêter aux médecins, au moment de l'obtention de leur grade, un serment, dit « serment hippocratique » (28).

« Lors de l'élaboration du code Napoléon, tous les juristes soulignèrent que les articles 1382 et 1383 (29) devaient s'appliquer à quiconque causait un dommage à autrui, sans exception, dans le domaine professionnel ou privé. Et pourtant, une fois encore (30), le médecin conservera une immunité professionnelle, « liée en grande partie à la notoriété et au caractère quasi sacramentel de son art (31). »

Il faut cependant mentionner que quelques médecins s'étaient élevés, au XVIIIème et au début du XIXème siècle, pour faire admettre le principe de leur responsabilité (32).

E) En 1825, pour la première fois, une retentissante affaire émeut l'opinion en France. Un médecin, au cours d'un accouchement difficile (présentation anormale de l'enfant) avait amputé les deux bras du nouveau-né à la suite d'une manœuvre que le praticien avait jugée nécessaire. Le père de l'enfant intenta un procès au médecin et le gagna, la cour ayant acquis la conviction « qu'une simple version faite en temps utile eût permis de conserver l'intégrité de l'enfant sans compromettre la santé de la mère (33) ».

Consultée par le tribunal, l'Académie de médecine déclara que les médecins, dans l'exercice de leur profession, « ne sont pas justiciables des tribunaux pour les fautes résultant du défaut de science, de l'imprudence ou de quelque cause que ce soit, pourvu qu'il n'y ait pas coupable application des moyens de l'art, faite sciemment avec préméditation, dans de perfides desseins ou intentions criminelles (34) ».

Selon cette conception de la faute, rejetée par le tribunal, le médecin ne répondrait que du dol (35).

F) En 1832, un ouvrier avait fait appeler un médecin qui, après examen, pratiqua une saignée au bras de son patient. Quelque temps plus tard, une tumeur se forma au pli du membre saigné précédemment. Rappelé d'urgence auprès du malade qui souffrait atrocement, le praticien affirma que ces symptômes étaient sans conséquence. La douleur ne diminuant pas, et le médecin toujours optimiste ayant abandonné son patient, un officier de santé fut appelé et il diagnostiqua une gangrène nécessitant une amputation immédiate du bras.

(28) Ibid., pp. 42-43. L'auteur examine le contenu fort intéressant de ce code « technique et moral ».

(29) Code civil français.

(30) Pas pour longtemps il est vrai. Cf., infra, notes 33 ss.

(31) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 55-57; cf. aussi FROGE, p. 19.

(32) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 57.

(33) Ibid., p. 57.

(34) PHARAON, p. 47; voir aussi DALLOZ, Jurispr. génér., T XXXIX, pp. 315-316.

(35) PHARAON, p. 47; voir aussi LOMBARD, p. 24: « En 1830 encore, l'Académie de médecine proclamait que le seul juge du médecin était sa propre conscience et que l'immunité était indispensable au progrès de la médecine. »

Cf. également LOEFFLER, p. 4, et DIND, p. 2.

Cité par son patient devant le Tribunal civil d'Evreux, le médecin fut condamné à lui verser des dommages-intérêts. La Cour d'Appel de Rouen confirma la décision de première instance. L'affaire fut alors portée devant la Cour de Cassation qui rejeta le pourvoi du praticien, par arrêt du 18 juin 1835, en retenant la négligence grave du médecin qui avait refusé ses soins au malade et avait ainsi provoqué un dommage important (36).

L'avocat du médecin avait soutenu la thèse de l'irresponsabilité du praticien dans l'exercice de son art (37). La Cour adopta en revanche les célèbres conclusions du Procureur Général Dupin (38) (39) rendant un arrêt « net, concis et catégorique ».

Par son jugement de 1835, la Cour de Cassation a ainsi dégagé les principes essentiels de la jurisprudence moderne (40), excepté le fondement contractuel de

(36) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 57-58; PHARAON, p. 48; voir aussi BRUNHES, p. 23.

Cf. également Cass. 1835, J. Pal. 1835, T. II, p. 509.

(37) PHARAON, pp. 48-49. Devant la Cour de cassation, l'avocat du médecin, Crémieux, recourt à la thèse qui prétend que « le praticien dans l'exercice de sa profession, est exempt de toute responsabilité, lorsqu'il s'agit de prescriptions, ordonnances ou opérations relevant de l'art médical. En revanche, la responsabilité civile pourrait être invoquée contre le médecin si, oubliant qu'il est médecin et se livrant aux passions, aux vices, aux imprudences, il occasionne un préjudice au malade qui s'est confié à ses soins. En d'autres termes, la responsabilité s'exercera contre l'homme, jamais contre le médecin... Il échappe au recours par son titre, par la présomption légale de savoir qui s'attache à sa profession, par la nécessité de la protection qui doit l'entourer, sous peine des plus graves malheurs ».

Cf. aussi POMMEROL, pp. 19-20.

(38) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 104-106; PHARAON, pp. 50-51; voir aussi BRUNHES, p. 23.

Voir aussi THILO, p. 17, qui note que ces conclusions ont eu « un grand retentissement en France où on les cite encore aujourd'hui » et qu'elles ne sont pas restées inconnues en Suisse. « Je ne serais pas étonné, ajoute Thilo, que le rédacteur des arrêts du TF s'en fût inspiré ».

(39) La plaidoirie du Procureur Général Dupin est rapportée in extenso au S. 1835.1.405. Relevons l'essentiel: « Tout d'abord, le Procureur Dupin rappelle le principe selon lequel les tribunaux s'interdisent toute immixtion dans les controverses purement médicales. En effet, les tribunaux ne s'attardent pas aux questions de ce genre, où il s'agit de rechercher si tel traitement a été ordonné à propos ou non, si un autre traitement n'aurait pas été préférable, si telle opération était ou non indispensable, etc.

Ces questions restent en dehors de la compétence du juge; « Ce sont-là, dit le Procureur, des questions scientifiques à débattre entre docteurs. »

Mais si le juge ne se préoccupe pas des questions d'ordre médical, il n'en va pas de même lorsque les faits reprochés au médecin sortent du domaine de la science médicale pour se compliquer de négligence, légèreté, ou ignorance des choses qu'il devait nécessairement savoir.

« ... mais si le simple défaut de science ou le défaut de succès ne suffisent pas pour motiver une action contre les médecins, il peut se rencontrer des circonstances où le dol, la mauvaise foi, une pensée criminelle, une négligence inexcusable et d'autres faits du même genre, entièrement séparés de la question médicale, constituent de leur part un manquement aux devoirs de leur état, tel qu'on ne pourrait proclamer, en pareil cas, l'irresponsabilité de l'homme de l'art, sans mettre en péril le reste de la société... »

Après avoir écarté les questions purement scientifiques, le Procureur Général a montré la nature juridique de la faute médicale, en l'assimilant aux autres professions publiques et libérales.

« C'est principalement dans ces derniers cas, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de l'exercice d'une profession ou d'une fonction publique, que l'on est responsable envers les tiers, non seulement de son imprudence, de sa légèreté, mais encore de l'ignorance de ce qu'on doit savoir... »

(40) POMMEROL, p. 9.

la responsabilité médicale (41) qui ne sera retenu qu'un siècle plus tard, le 20 mai 1936, par un autre arrêt célèbre de la Cour de Cassation (42).

G) La définition de la faute médicale (43) adoptée par l'arrêt de la Cour de Cassation de 1835 sera reprise «en formules plus ou moins heureuses variant quelque peu avec les cas d'espèces» par les différentes juridictions inférieures françaises de 1835 à 1936 (44).

Il faudra attendre le 21 juillet 1862 pour trouver un nouvel arrêt (45) de la Cour de Cassation confirmant sa jurisprudence de 1835.

Dès les années 1860-1870, la jurisprudence se précise et les juridictions inférieures adoptent définitivement la responsabilité du droit commun. Le principe n'est alors plus discuté; les juges toutefois affinent l'idée et cherchent à préciser les contours de la faute (46).

H) En conclusion, il faut reconnaître que, «si la solution des difficultés inhérentes à cette question n'est peut-être pas encore prochaine, le principe de la responsabilité médicale est néanmoins aujourd'hui un fait unanimement admis. Les médecins sont reconnus responsables des dommages qu'ils causent dans l'exercice de leur profession: la discussion n'existe plus que sur les limites que ce principe doit recevoir dans son application.» Il y a donc un grand chemin parcouru depuis le jour où l'Académie de Médecine, unanime, décidait «qu'il était de son devoir de s'inscrire contre la jurisprudence qui tendait à admettre la responsabilité des médecins pour les faits de leur pratique (47)».

En outre, aujourd'hui, il n'y a plus de discussion dans la plupart des pays européens sur la nature contractuelle des relations entre les parties; «il y a

(41) La Cour de Cassation a retenu la responsabilité délictuelle du médecin. Cf. Cass. 18 juin 1835, J. 1835.1.405.

Cf. aussi BOYER CHAMMARD, p. 75; BRUNHES, p. 23; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 103.

(42) Cf. DALLOZ, 1936.1.88.

(43) Responsabilité du droit commun pour une faute quelconque.

(44) BRUNHES, pp. 23-24; voir aussi POMMEROL, p. 15; BOYER CHAMMARD, pp. 75-76; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 58-59, qui signale néanmoins quelques arrêts qui, tout en écartant la thèse de l'irresponsabilité absolue, refusent toutefois de sanctionner des fautes médicales pourtant établies.

(45) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 60 et 109; DALLOZ, 1862.1.419; voir aussi Cass. civ. 29 novembre 1920, Gaz. Pal. 1921.1.68 et Cass. civ. 11 janvier 1932, Gaz. Pal. 1932.1.567.

(46) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 107-108.

(47) DIND, p. 2; voir aussi NEGRE, pp. 15 ss.

BOYER CHAMMARD, pp. 70-71: «Il n'en reste pas moins que dans la société qui est la nôtre chaque individu a sur l'intégrité de son corps et sur la préservation de sa santé des droits imprescriptibles dont il importe que le respect soit assuré par un ensemble de dispositions d'ordre juridique: le corps médical ne peut et ne veut d'ailleurs pas être au-dessus et en dehors des lois. C'est pourquoi, bien que la responsabilité civile ou pénale des médecins et chirurgiens qui ont la haute mission de sauvegarder la vie ne soit pas exactement une responsabilité comme les autres, la règle de droit ne s'en applique pas moins à tout médecin reconnu coupable dans l'exercice de son art d'une faute génératrice d'une responsabilité. Certes, la mise en cause de celle-ci apparaît à de nombreux médecins comme la manifestation d'une regrettable incompréhension des difficultés de la vie médicale. Les tribunaux paraissent trop sévères à beaucoup d'entre eux. Et pourtant les magistrats ne relâchent pas leur effort pour mieux connaître et mieux comprendre les conditions dans lesquelles chirurgiens et médecins exercent leur art.»

incontestablement et effectivement un accord de volonté entre le patient et son médecin (48)».

Section 2. Le droit positif suisse

La nature essentiellement contractuelle de la responsabilité du médecin n'a jamais été contestée par le Tribunal fédéral.

A) Sous l'empire de l'ancien Code des obligations de 1881 (entré en vigueur le 1er janvier 1883), la doctrine et la jurisprudence ont qualifié le contrat qui liait le médecin privé à son patient de louage de services (Dienstvertrag), c'est-à-dire de contrat de travail (49).

En effet, dans le CO de 1881, le mandat avait pour objet *la gérance d'une affaire* (art. 392, ancien CO) et le contrat de travail, appelé louage de services, une prestation de *services personnels* (art. 338, ancien CO). Ces deux types de contrats se distinguaient essentiellement «par la nature de la prestation effectuée». Or, à la différence de l'avocat et du notaire, l'activité du médecin ne constitue pas une affaire: l'homme de l'art entreprend des actes matériels sur le corps du patient pour obtenir sa guérison (50).

B) La revision du CO en 1912 a élargi la définition du mandat en remplaçant l'art. 392 ancien par un nouvel article 394 dont l'alinéa 1 a la teneur suivante: «Le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé *ou à rendre les services qu'il a promis.*»

En ajoutant cet élément de phrase *«ou à rendre les services qu'il a promis»*, le législateur a permis ainsi au Tribunal fédéral (51), puis à la doctrine (52), de qualifier dorénavant le contrat médical de contrat de mandat lorsque le médecin exerce sa profession de manière indépendante.

(48) THELIN, p. 16. L'auteur signale qu'autrefois, «il répugnait au médecin de se sentir lié par une relation de droit banale fleurant le commerce et de se trouver ainsi ravalé au rang de simple partie contractante».

Voir aussi BOYER CHAMMARD, p. 81.

(49) RO 18 p. 340, c. 4; RO 18 p. 600, c. 3; RO 26, p. 600; RO 34 II 36, c. 3 = JdT 1908, p. 357.

Voir aussi MUSTAFA, pp. 49-50; THILO, p. 9; LOEFFLER, p. 7; ROSENSTIEL, Responsabilité civile du médecin, FJS nº 846, p. 1.

(50) MUSTAFA, pp. 47-49.

(51) RO 53 II 419 =JdT 1928 I 586: «Die Vorinstanz geht zutreffend davon aus, dass das von den Parteien begründete Rechtsverhältnis, wonach die Beklagte die Röntgenbestrahlung des Klägers gegen Honorar übernommen hat, sich rechtlich als Auftrag qualifiziert.»

JdT 1935 I 553 (note de jurisprudence); SJ 1936, 97 et 547; RO 62 II 274 (rés) = JdT 1937 I 18; SJ 1948, 313; RO 82 IV 147, c. 2 a.

Voir aussi SJZ 17, p. 296, Nº 227: «Während nach dem alten OR und der bisherigen Praxis das Vertragsverhältnis zwischen Arzt und Patient als Dienstvertrag betrachtet wurde, ist es nach dem neuen OR als Auftrag zu betrachten, da nach OR 361 bei Arbeiten, welche besondere wissenschaftliche oder künstlerische Ausbildung voraussetzen, die Vorschriften des Dienstvertrages nicht schlechthin zur Anwendung kommen, sondern nur dann, wenn die Voraussetzungen des Dienstver-

Section 3. Le contrat de mandat n'est pas le seul fondement possible de la responsabilité du médecin en droit suisse.

Avant d'aborder, au chapitre suivant, l'étude du mandat proprement dit (contrat de soins), nous voulons encore examiner succintement les autres relations juridiques qui peuvent naître entre le médecin et son patient.

A) **L'acte illicite** (53)

a) Dans certaines circonstances, la responsabilité du médecin peut être délictuelle (54), soit exclusivement (55), soit concurremment (56) avec la responsabilité contractuelle.

b) Selon le TF, un acte est illicite « lorsqu'il enfreint des injonctions écrites ou non écrites, de l'ordre juridique établi, destinées à protéger les droits atteints (57) ».

Il peut s'agir, « soit d'une contravention du droit civil, du droit pénal ou du droit administratif, que ces règles soient énoncées par le droit fédéral ou cantonal (58) ».

Toute atteinte à l'ordre public (59), aux bonnes mœurs (60) ou aux droits de la personnalité (61) (vie, santé, intégrité corporelle, domaine intime, vie privée, liberté, etc.) constitue un acte illicite.

trages vorliegen. Da nach allgemeiner Rechtanschauung der Patient jederzeit das Recht haben soll, den Arzt zu wechseln, welches Recht mit den Grundsätzen des Auftrages, nicht aber mit denjenigen des Dienstvertrages im Einklang steht, und nach OR 394 Abs. 2 Verträge über Arbeitsleistungen, die keiner besondern Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, unter den Vorschriften betreffend den Auftrag stehen, ergibt sich grundsätzlich die Anwendung der letzteren Vertragsart. »

(52) THILO, p. 5: « En règle générale, le rapport juridique entre médecin et patient est un rapport de droit privé. Le médecin qui exerce sa profession sous son propre nom et pour son propre compte est un simple particulier. »

Voir aussi le même auteur, p. 9.

GAUTSCHI, p. 58: « Der Arbeitsvertrag, der den selbständig praktizierenden *Privatarzt* mit seinem Patienten verbindet, ist ein Tathandlungsauftrag. »

PACHE, p. 111; THELIN, p. 16; LOEFFLER, p. 7; MUSTAFA, pp. 53-54; BECKER, ad OR 394, N° 7; ROSENSTIEL, FJS N° 846, p. 1.

(53) Il peut s'agir d'un acte ou d'une omission.

(54) RO 34 II 32 = JdT 1908 I 354; JdT 1932 I 514 (note de jurisprudence); JdT 1935 I 553 (note de jurisprudence).

(55) RO 59 II 37 (absence de lien contractuel); RO 70 II 208 (rés) = SJ 1945, 197 (médecin d'un hôpital cantonal).

(56) RO 18 II 336 = JdT 1892, 465; SJ 1936, 97.

(57) RO 82 II 25 = JdT 1956 I 324.

Voir aussi RO 30 II 571; RO 47 II 179; RO 55 II 334; RO 56 II 373; RO 75 II 212; JdT 1921 I 578; JdT 1930 I 250; JdT 1931 I 598; JdT 1950 I 604.

(58) RO 32 II 273 = JdT 1908 I 150; RO 46 II 50.

Von TUHR, p. 326; ENGEL, pp. 191, 307-308.

(59) RO 30 II 271; RO 32 II 273 = JdT 1908 I 150.

(60) Von TUHR, p. 331; OSER, rem. VII; BECKER, rem. 75 ss. ad art. 41.

RO 52 II 370; RO 54 II 142; JdT 1927 p. 258; JdT 1928 p. 514.

(61) Von TUHR, p. 328; ENGEL, p. 102.

Cf. articles 28 CCS et 49 CO.

RO 30 II 271.

c) Les proches (époux, parents, etc.) d'un patient décédé ne peuvent intenter qu'une action délictuelle contre le médecin, responsable présumé de la mort dudit patient. En effet, la responsabilité contractuelle ne profite qu'au cocontractant, donc au malade lui-même (62). Le contrat médical intervenu entre le patient, alors encore en vie, et le médecin, ne confère aucun droit aux demandeurs qui ne peuvent fonder leur action que sur les art. 45 et 47 CO (63).

La responsabilité du médecin est également délictuelle «à l'égard des tiers qui ont subi un préjudice de son fait». Il en est ainsi, par exemple, en matière de certificats médicaux lésant les intérêts d'un tiers (proche, employeur, etc.) (64).

d) Enfin, sans cesser d'être contractuelle, la responsabilité du médecin peut être en même temps délictuelle (la faute du praticien constitue à la fois une violation du contrat de soins et un acte illicite) lorsque la victime subit une atteinte à la vie, à la santé ou à l'intégrité corporelle ou en cas de violation du secret professionnel (65).

B) Le contrat de droit administratif (hôpital)

Notre ouvrage traitant essentiellement du médecin exerçant son art à titre privé, nous ne nous attarderons pas à l'étude des relations juridiques particulières liant le médecin à un tiers (hôpital, commune, etc.) (66). Le lecteur intéressé pourra se reporter à l'ouvrage de THILO (67) dont nous nous inspirerons largement sur ce point.

a) «Il appartient à l'Etat d'aviser aux moyens propres à lui permettre d'accomplir ses missions. Il peut, comme un particulier, passer des contrats de droit privé (mandat, contrat de travail, contrat d'entreprise) avec des médecins; mais il peut aussi créer un service public spécial et nommer un fonctionnaire pour remplir cet office (68).»

(62) Selon le principe «res inter alios acta».

(63) PACHE, p. 112. Von TUHR, pp. 501 et 507, N° 101.
RO 53 II 124; RO 54 II 541.

(64) PHARAON, p. 79.

(65) RO 18 p. 340 = JdT 1892, p. 467. «Le médecin qui, par négligence, porte atteinte à l'existence et à l'intégrité personnelle d'un malade, contrevient, non seulement à ses obligations *contractuelles*, mais encore aux prescriptions générales de la loi, qui accorde protection à l'existence et à la santé des citoyens contre tout dommage résultant d'un acte illicite, intentionnel ou non. En conséquence, le médecin doit être condamné à des dommages-intérêts, d'après les principes qui régissent, non les fautes contractuelles, mais les fautes délictuelles.»
RO 59 II 40, c. 1.
SAVATIER, Traité, pp. 288-289; ENGEL, p. 191; von TUHR, p. 324, N° 5 et p. 506 (concours d'actions); THILO, p. 14; GAUTSCHI, p. 58; LOEFFLER, p. 10.

(66) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 188: «De nombreux praticiens exercent leur profession dans des conditions matérielles qui sont créées par un autre contrat, parallèle en quelque sorte au contrat de soins lui-même, et qui lie le médecin soit à une administration publique (c'est le cas des *médecins des hôpitaux*), soit à un établissement hospitalier privé (qui prend plus souvent le nom de «clinique»), soit, enfin, à une entreprise industrielle (tels sont les médecins d'usine ou *médecins du travail*).»

(67) THILO, pp. 6-9.

(68) THILO, p. 6.
RO 54 II 123 = JdT 1928, p. 394.

b) Le droit privé régit « les rapports juridiques entre des sujets de droit de même nature, de même ordre et égaux en droits »; le droit public règle « la subordination de l'individu à l'autorité de l'Etat (69) ».

c) Ainsi le médecin engagé par une commune (70) et celui engagé par une caisse maladie (71), sont-ils de simples particuliers (liés par un contrat de droit privé) et non des fonctionnaires.

d) « En revanche, l'hospitalisation officielle des malades (72), telle qu'elle est organisée dans les hôpitaux de l'Etat et des communes n'est pas une *exploitation industrielle* (art. 61, al. 2, CO); elle appartient au domaine du droit public (art. 59, al. 1, CC) (73); il ne s'agit plus de contrats de droit privé. »

« Les médecins qui exercent leur art dans les hôpitaux des cantons, des districts ou des communes sont généralement des fonctionnaires. Leurs fonctions relèvent du droit public. Les médecins au service des cliniques universitaires appartiennent aussi à cette catégorie (74). »

Ainsi « les rapports juridiques entre le malade, d'une part, et l'établissement hospitalier et son personnel (y compris le médecin traitant), d'autre part, relèvent du droit administratif cantonal (75) ».

Selon l'art. 61 CO, la Confédération et les cantons peuvent « édicter sur la responsabilité de leurs fonctionnaires et employés des dispositions dérogeant au droit commun. Les médecins qui exercent leur profession en qualité de fonctionnaires sont soumis à cette législation spéciale (76). A défaut d'une telle législation, les dispositions générales sur la responsabilité sont applicables (77) ».

(69) THILO, p. 6.
RO 54 II 122.

(70) THILO, p. 6: Ainsi, « n'est pas un fonctionnaire, mais un particulier lié par un contrat de droit privé le médecin qui s'engage envers une commune à donner des soins aux malades habitant le territoire communal, à y faire notamment une visite hebdomadaire officielle et à calculer ses honoraires d'après un certain tarif. Et les rapports de ce médecin avec ses clients sont des rapports de droit privé régis par le droit civil fédéral (art. 64 Constitution fédérale) ».
RO 54 II 120 =JdT 1928, p. 392.

(71) THILO, p. 6. Les rapports entre un médecin lié à une caisse d'assurance-maladie, même publique et obligatoire (art. 16 LAMA) et son patient relèvent du droit privé. Les cantons ne sont pas autorisés à « soumettre ce médecin aux dispositions de leurs lois spéciales sur la responsabilité des fonctionnaires, en tant que les dispositions dérogent au droit civil fédéral ».

GAUTSCHI, pp. 58-59: « Uebernimmt die SUVAL, *eine öffentliche* Krankenkasse oder private Krankenversicherung die Vergütung (art. 394 III OR) für die selbständige ärztliche (oder zahnärztliche) Dienstleistung, so liegt, ähnlich wie bei der amtlichen Verteidigung oder der Zivilprozessführung im Armenrecht, ein *Auftrag zugunsten eines Dritten* vor. »
RO 57 II 199 =JdT 1932 p. 77.

(72) Il en va de même pour les soins que reçoit le patient hospitalisé.

(73) THILO, pp. 6-7.
ROSENSTIEL, FJS N° 846, p. 1: « Les hôpitaux cantonaux et communaux sont des établissements de droit public au sens de l'art. 59 CC. »
RO 44 II 54.

(74) ROSENSTIEL, FJS N° 846, p. 1; GAUTSCHI, p. 59.
RO 48 II 417; RO 54 II 123; RO 56 II 201; RO 70 II 208.

(75) THILO, p. 7. L'auteur relève que « le médecin en chef de l'hôpital est alors un fonctionnaire, s'il est subordonné à l'Etat, et il a lui-même des subordonnés, mais il n'est pas l'employeur du personnel d'hôpital. Il ne répond donc point des actes de ce personnel en vertu des art. 55 et 101 CO ».
RO 18 p. 392; RO 44 II 54; RO 56 II 200; JdT 1918 p. 524; JdT 1923 p. 313; JdT 1931 p. 269;

(76) ROSENSTIEL, FJS No 846 p. 1.

Enfin, si la loi cantonale ou les règlements l'autorisent, « le médecin peut entrer dans un rapport contractuel de droit privé avec son malade. Il en est ainsi lorsque ce n'est pas en sa qualité officielle qu'il doit s'occuper d'un patient, mais simplement comme un médecin privé appelé en consultation (78) ».

C) Le contrat de travail

D'une manière générale, l'activité du médecin ne saurait être soumise aux règles du contrat de travail (79).

Examinons quel est le critère de distinction le plus important entre le contrat de travail et le mandat.

a) Pour certains auteurs, ce critère est le facteur *temps* (80). Le Tribunal fédéral a affirmé que « l'élément essentiel d'un contrat de travail — abstraction faite du salaire, est le temps pour lequel il est conclu (81) ». GAUTSCHI, auquel nous nous rallions sur ce point, estime que ce facteur n'est pas déterminant (82).

(77) THILO, p. 7. Le médecin peut être actionné en vertu des art. 41 ss. CO lorsqu'il est personnellement coupable d'un acte illicite. La demande relève alors du droit privé.

SECRETAN, note de jurisprudence, JdT 1923 I 130 ss. Si l'admission des malades dans un établissement hospitalier est réglementée d'après les normes du droit administratif, « l'acte illicite de l'agent est apprécié selon les principes du CO ; il est la condition nécessaire et suffisante de la responsabilité de l'Etat ».

(78) THILO, p. 10 ; BOYER CHAMMARD, pp. 60-61.

BRUNHES, pp. 48-49 : « En effet, à l'intérieur des hôpitaux publics, il existe des îlots où les médecins exercent une activité médicale privée, bien que les bâtiments où elle se situe, le matériel auquel il est fait appel et le personnel infirmier relèvent des personnes morales du droit public... Les rapports qui s'établissent entre les malades admis comme pensionnaires et les médecins, chirurgiens et spécialistes auxquels ils font appel, relèvent du droit privé. L'hôpital ne saurait dès lors être rendu responsable des dommages qui peuvent être causés aux malades admis comme pensionnaires que s'il est établi que ces dommages ont pour cause un mauvais fonctionnement du service public relevant soit d'une mauvaise installation des locaux ou, soit d'un matériel défectueux, soit d'une faute commise par un membre du personnel auxiliaire de l'hôpital mis à la disposition des praticiens... La ligne de démarcation est donc très nettement tracée : d'un côté l'acte du médecin, chirurgien ou spécialiste choisi et honoré librement par le malade qui relève de la responsabilité contractuelle de droit privé née du contrat de soins, de l'autre l'activité hospitalière s'exerçant dans les locaux publics avec du matériel hospitalier et un personnel auxiliaire rémunéré par l'administration qui relève de la règle du fonctionnement des services publics. »

JdT 1923, p. 315, c. 3.

(79) RO 53 II 419 =JdT 1928 I 586.

(80) LOEFFLER, p. 6 : « Bei der Unterscheidung des Dienstvertrages vom Auftrag spielt das Zeitmoment die Hauptrolle. »

OSER, ad. CO 319, N° 36.

MUSTAFA, p. 52 : « L'employé n'est pas seulement tenu d'exécuter un travail, d'aboutir dans une certaine direction à un résultat déterminé, mais ce travail doit en outre former le maillon d'une chaîne qui lie employé et employeur pour un certain temps. »

Voir aussi le Message du Conseil fédéral de 1905, p. 28, concernant la revision du Code des obligations : « Wo die Dienstleistung... die Vornahme einer Handlung mit Rücksicht auf das Resultat der geleisteten Dienste und ohne Rücksicht auf die Zeit..., handelt es sich... um einen Auftrag. »

(81) RO 73 I 420 =JdT 1948, p. 567.

Voir aussi : RO 61 II 97 =JdT 1935, p. 616 : « Les promesses d'activité faites pour une durée déterminée ou indéterminée sont régies par le contrat de travail. Si l'activité promise dans le contrat suppose une prestation unique ou un certain nombre de prestations isolées, les règles du mandat sont applicables.

Cependant quand les services à fournir sont déterminés d'après le temps, il y a lieu d'appliquer les règles du contrat de travail. »

b) Au XIX[e] siècle, la doctrine française qualifiait de mandat les prestations des membres des *professions libérales* suivant ainsi la tradition romaine qui considérait que «les arts libéraux ne pouvaient relever du contrat de travail en vertu de leur supériorité sur les travaux purement manuels (83)».

Le législateur suisse a supprimé la distinction entre professions libérales et travaux manuels en introduisant dans le CO, au titre X concernant le contrat de travail, l'article 361 (84). Ainsi le contrat de travail peut fort bien s'appliquer aux professions libérales (85).

c) Enfin ni *le mode de rémunération* (86), ni *la nature de la prestation* (87) ne peuvent être des critères de distinction suffisants entre le mandat et le contrat de travail.

d) Comme la majorité des auteurs, nous pensons que le contrat de travail se distingue essentiellement du mandat par l'existence d'*un lien de subordination*: l'employé est soumis à l'autorité de l'employeur qui peut lui donner des instructions, des ordres et qui peut contrôler, surveiller l'accomplissement de sa tâche (88).

RO 58 II 375 =JdT 1933, p. 406: «On peut ranger, dans le mandat, le travail isolé ou plusieurs travaux distincts confiés à une personne d'après leur nombre (gezählt) et dans le contrat de travail, les services délimités d'après leur durée (zeitlich begrenzt)...»

RO 53 II 419 =JdT 1928, p. 586. Le contrat médical est qualifié de mandat: «Ce qui était décisif à cet égard, c'est qu'il ne s'agissait pas de la prestation d'un service pour une durée déterminée, mais de l'accomplissement d'une tâche particulière (application de rayons X) à effectuer sinon en une seule fois, du moins en nombre limité de reprises...»

(82) GAUTSCHI, p. 85: «Das in BGE 60 II 117 und 63 II 178 herausgestellte «Zeitmoment» kann nicht entscheidend sein. Wäre der Dienstvertrag langfristig, der Auftrag hingegen kurzfristig, so hätte im ersterwähnten Entscheid nicht auf Dienstvertrag erkannt werden dürfen.» ZBJV 77 (1941) S.527. L'auteur remarque encore que certains contrats de mandat peuvent, comme le contrat de travail, être conclus pour plusieurs années ou pour une durée indéterminée (RO 83 II 528) et en fait durer très longtemps, comme le contrat médical ou d'autres types de contrats qui ne peuvent cependant pas être soumis aux règles du contrat de travail (RO 81 II 229 et 230).

(83) MUSTAFA, p. 40; PHARAON, pp. 34-35; J. SAVATIER, Profession libérale, pp. 24 ss; POTHIER, Traité du Contrat de mandat, chap. I, sect. III, p. 182.

(84) Art. 361 CO: «Les dispositions du présent titre (titre X: Du contrat de travail) s'appliquent également aux contrats portant sur des travaux qui supposent une culture scientifique ou artistique spéciale et qui s'exécutent contre paiement d'honoraires, quand ces conventions présentent d'ailleurs les éléments constitutifs du contrat de travail.»

Cet article ne figure plus dans le CO depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale du 25 juin 1971, modifiant les dispositions sur le contrat de travail.

(85) MUSTAFA, p. 25; GAUTSCHI, p. 85.

(86) MUSTAFA, p. 52. Il faut noter que la plupart des mandats, surtout lorsqu'il s'agit de services professionnels, sont actuellement rémunérés; ainsi la gratuité est devenue une exception et l'onérosité la règle générale malgré le texte de l'article 394, al. 3, CO.

Voir aussi, concernant le médecin, RO 82 IV 145 =JT 1957 IV 71: «Selon l'usage, les services rendus professionnellement ne sont pas gratuits».

(87) GAUTSCHI, p. 85: «Im schweizerischen Recht der Gegenstand der Arbeitsleistung im Dienstvertrag oder im Auftrag der nämliche sein kann...»

RO 95 I 25.

(88) MUSTAFA, pp. 37, 40, 51 et 52; SAVATIER, Traité, p. 214; PHARAON, p. 37.

Civ. 6 juillet 1931, D.P. 1931.1.121; Civ. 22 juin, 30 juin et 1er août 1932, D.P. 1933.1.4.

GAUTSCHI, p. 86: «Es kommt also für die Alternative Dienstvertrag oder Auftrag *weder* darauf an, *was* getan wird, *noch wie lange* es getan, *noch wie* die Arbeit «entlöhnt» wird, sondern in welcher persönlichen Stellung vom Handelnden (Dienstpflichtigen oder Beauftragten) gearbeitet wird.»

Fondé sur la notion d'indépendance du médecin vis-à-vis de tout tiers — et notamment du patient — le contrat de soins diffère donc profondément du contrat de travail; contrairement à l'employé, le praticien ne saurait en effet «être le subordonné de son patient dans l'exécution de son ministère». Il n'est pas concevable que le patient, ignorant et souvent perturbé par sa maladie, «s'immisce dans la direction, l'exécution et la surveillance du traitement». Le médecin, comme tout mandataire, doit conserver son indépendance et la liberté de conduire comme il l'entend (89) l'affaire dont il s'est chargé (90).

Comme nous envisageons dans notre étude essentiellement les rapports entre le médecin et son patient, nous devons exclure, d'une manière générale, l'application du contrat de travail vu l'absence de lien de subordination.

e) Il existe toutefois des cas où le médecin traite un malade sans qu'il y ait un lien contractuel entre eux, comme, par exemple, lorsque le médecin est employé d'une clinique (91): il peut alors être lié à cet établissement par un contrat de travail (92). Certes «le principe de l'*indépendance professionnelle*, dont la liberté de prescriptions est une application, semble incompatible avec le rapport de dépendance du salarié envers l'employeur qui caractérise le contrat de travail. Cette

(89) Sous réserve que l'acte médical réponde aux conditions qui en font un acte normal et licite. Cf., infra, IVème partie.

(90) PHARAON, p. 38. L'auteur remarque notamment: «Non seulement le professionnel est un technicien et celui qui fait appel à lui est incapable de lui donner des directives techniques, mais le professionnel a une multitude de clients, et il serait difficile de les considérer comme ses employeurs successifs ou simultanés.»

SAVATIER, Traité, p. 214: «A aucun titre», dit l'auteur, «le médecin n'apparaît comme le subordonné du malade (...) dont il n'a pas à recevoir d'ordres.»

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 151: Le contrat de travail «comporte essentiellement la subordination de l'employé à celui qui l'emploie; or, il serait paradoxal de prétendre que le médecin se rattache à ses malades par un lien de dépendance et de subordination! (...) Conçoit-on, en effet, le malade indiquant au médecin le traitement à suivre ou la technique opératoire à adopter?»

MUSTAFA, p. 40.

Cass. civ. 24 avril 1925, S.1928.1.65: La Cour affirme que la subordination, caractéristique du louage de service, est «contraire à la nature des choses et à l'essence des rapports du médecin avec ses malades».

RO 45 II 214 =JdT 1919, p. 635.

RO 73 II 421 =JdT 1948, p. 567. Le TF a retenu le critère fondé sur la condition dépendante ou indépendante du débiteur de la prestation et la liberté dont celui-ci jouit dans l'organisation de ses activités.

(91) SAVATIER, Traité, p. 232: «Il en va de même pour le médecin qui s'engage envers une assurance pour ses assurés, envers un employeur pour son personnel ou envers une compagnie de navigation pour ses passagers.»

Voir aussi, infra, note 129.

(92) GAUTSCHI, pp. 86-87: «Kein Qualifikationsproblem bilden die Fälle, wo der Arbeitende in kein direktes Vertragsverhältnis zum Klienten oder Patienten tritt. Der angestellte Privatspital — oder Sanatoriumarzt — steht im Dienstvertrag mit dem Privatspital oder Sanatorium, nicht mit den einzelnen Patienten. Er behandelt diese aus Dienstpflicht gegenüber dem Arbeitgeber, der das Entgelt, i.d.R. in einem gemischten Vertrag, vom Patienten bezieht.»

SAVATIER, Traité, p. 382: «Lorsqu'un médecin contracte avec un employeur pour fournir des soins à des tiers, le contrat contient une *stipulation pour autrui* au profit des malades éventuels. Les bénéficiaires de cette stipulation se trouveront donc directement créanciers du médecin pour la fourniture des soins convenus. Le médecin, en fournissant ses soins, n'exécute donc pas une dette de l'employeur, comme un salarié ordinaire qui travaille au profit d'un client de son employeur, mais une dette personnelle envers le malade. De ce point de vue, la convention ne comporte donc aucune atteinte au monopole médical.»

antinomie peut cependant être surmontée si l'on remarque que c'est dans le domaine technique (93), pour le choix et l'accomplissement de ses actes médicaux, que l'indépendance du médecin est nécessaire. Cette indépendance technique est compatible avec une sujétion dans l'organisation générale et administrative du travail. Lorsqu'un médecin s'engage non seulement à accomplir des actes médicaux, mais à fournir un certain nombre d'heures de travail dans un service placé sous l'autorité administrative de l'employeur, le contrat peut porter l'élément de subordination juridique indispensable à la qualification de contrat de travail, tout en laissant au médecin toute liberté dans le choix et l'exécution des actes médicaux concernant les personnes dont il devra s'occuper (94)».

f) Notons pour conclure que le fait de qualifier de mandat ou de contrat de travail le contrat de soins n'a pas, selon la majorité des auteurs (95) et la jurisprudence, une grande importance juridique (96) puisque l'art. 398, al. 1 soumet, d'une manière générale, la responsabilité civile du mandataire aux mêmes règles que celles du travailleur. Outre la règle générale de l'art. 99 CO, concernant la responsabilité contractuelle, l'art. 321a, al. 1, est applicable (97).

D) Le contrat d'entreprise

On ne saurait non plus, d'une manière générale, qualifier le contrat médical de contrat d'entreprise bien qu'il existe une certaine analogie entre la prestation du médecin et la notion d'ouvrage en droit suisse (98).

Nous avons vu plus haut que le critère de distinction entre mandat et contrat de travail résidait essentiellement dans la situation dépendante ou indépendante du débiteur de l'«*obligatio faciendi*» (99). La position personnelle de l'entrepreneur et celle du mandataire sont en revanche presque identiques.

a) «Le point le plus important qui distingue le mandat du contrat d'entreprise, c'est la délimitation de leurs objets respectifs (100).»

(93) Et éthique, ajouterons-nous.

(94) SAVATIER, Traité, p. 383.

Voir aussi KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 89-90, qui défend la même opinion: «La subordination (des médecins) à l'employeur ne concerne que l'emploi de leur temps, non la manière de l'employer. Le praticien demeure libre de tous ses actes médicaux, ce qui n'exclut pas une certaine réglementation de ses heures de présence et de travail, la possibilité, par suite, de donner et de recevoir des ordres.»

Charles BLONDEL, conseiller d'Etat, Communication à l'Académie de médecine: Médecins et employeurs, juillet 1957.

Civ. 26 juillet 1938, Gaz. Pal. 1938.2.472.

(95) Citons, parmi beaucoup d'autres, Thilo, pp. 9 et 10.

ROSENSTIEL, FJS N° 846, p. 1; LOEFFLER, p. 7; MUSTAFA, p. 62, notes 2 et 3.

Voir aussi RO 53 II 424.

(96) Uniquement pour l'appréciation de la responsabilité civile du médecin. En effet une qualification judicieuse conserve de l'importance dans d'autres domaines, comme par exemple la résiliation (art. 334-340 CO) et la fin des rapports de service (art. 404 à 406 CO).

(97) L'art. 321a a remplacé, selon la loi fédérale du 25 juin 1971, l'ancien article 328.

(98) Cf. art. 363 CO.

(99) Cf., supra, notes 88 et 90.

(100) MUSTAFA, p. 19.

Dans le contrat d'entreprise, selon la doctrine dominante et la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'entrepreneur doit obtenir « un certain résultat matériel ou immatériel, mais objectivement constatable (101) ».

Dans le mandat, le débiteur doit « fournir une certaine activité avec une certaine diligence, non pas un certain résultat » comme dans le contrat d'entreprise (102).

Contrat d'entreprise et mandat se distinguent par le fait que l'entreprise est jugée sur la construction d'un ouvrage et le mandat sur le soin d'une affaire ou la prestation d'un service (103).

L'entrepreneur répond du succès d'un travail, « considéré comme un tout tandis que le mandataire n'est obligé qu'à une activité dans une direction déterminée. Les services impliquant une certaine liberté dans l'exécution sont de ce fait soumis, en général, aux règles du mandat, car il n'est pas possible, dans ces cas-là, de s'obliger au succès de l'entreprise (104) ».

(101) RO 83 II 528.

Voir aussi GAUTSCHI, p. 87.

PHARAON, p. 39: « Dans le contrat d'entreprise comme dans le contrat médical, l'entrepreneur et le médecin ne sont pas subordonnés, respectivement au maître de l'ouvrage pour l'un, au client, pour l'autre. »

RO 47 II 314 =JdT 1921, p. 565; RO 48 II 370 =JdT 1923, p. 98; RO 53 II 233 =JdT 1927, p. 487; RO 73 II 415 =JdT 1948 I 562; RO 80 II 26 =JdT 1955 I 136; RO 93 II 311 =JdT 1969 I 156.

RO 70 II 215 =JdT 1945, p. 41: « Il faut entendre par ouvrage, d'une façon tout à fait générale, tout produit d'une prestation, même un produit incorporel, qui ne prend pas la forme précise et permanente d'une chose et ne peut donc pas être transférée comme telle. »

(102) GAUTSCHI, p. 383.

RO 57 II 201; RO 83 II 529.

(103) LOEFFLER, p. 8; OSER, ad 363 CO, N° 14.

Voir aussi GAUTSCHI, p. 79. L'auteur note que dans le contrat d'entreprise, le législateur a prévu une *« Erfolgshaftung »* alors qu'il n'y a qu'une *« Verschuldenshaftung »* dans le contrat de mandat. Voir encore J. SAVATIER, La Profession libérale, p. 213: « Enfin, l'entrepreneur s'engage d'ordinaire à un résultat déterminé, à construire une maison ou un pont, à accomplir un déménagement, à réparer une machine; et il est présumé responsable en cas d'échec. »

(104) OSER et SCHOENENBERGER, ad art. 363 CO, note 14.

Ibid., art. 360, N° 3, p. 1382: « Was den Werkvertrag letzten Endes charakterisiert, ist weniger die Körperlichkeit des versprochenen Resultates, als vielmehr das Versprechen, einen bestimmten Arbeitserfolg, ein bestimmtes Arbeitsresultat als ein Ganzes gegen Entgelt zu erbringen. »

LOEFFLER, p. 9: « Die Frage, die sich für die Beurteilung der rechtlichen Natur des Vertrages zwischen Arzt und Patient stellt, ist im konkreten Fall nun die, ob nach den Umständen, nach Natur, Inhalt une Zweck der gegenseitigen Abmachungen nur das Tätigwerden in einer bestimmten Richtung oder ein bestimmter einheitlicher, geschlossener Arbeitserfolg als solcher zugesagt wird. Wegleitend kann für uns hiebei sein, dass erfahrungsgemäss die ärztliche Behandlung nicht unter Zusicherung eines Erfolges übernommen wird, in der Regel also einen Auftrag darstellt. »

RO 59 II 263 =JdT 1933, p. 621. Dans le contrat d'entreprise, l'accent est mis sur le succès (Erfolgsvertrag). L'entrepreneur s'engage à obtenir un résultat, il promet ce résultat comme un tout. Dans le mandat, il s'agit au contraire d'un contrat d'activité. Le mandataire ne s'engage qu'à des activités dans une direction déterminée. Dans le contrat d'entreprise, le résultat, le succès est sous-entendu; dans le mandat, il peut se présenter comme suite de l'activité ou ne pas exister.

Dans le même sens: BECKER, Komm. OR, note 4, art.363, p. 457.

RO 70 II 215 =JdT 1945, p. 41: « L'ouvrage au sens large est une prestation de résultat objectif; ce résultat peut être matériel ou immatériel. La distinction entre le contrat de travail et le contrat d'entreprise se fait, en droit suisse, d'après le principe que c'est le travail comme tel qui constitue l'objet du contrat de travail, tandis que c'est le résultat comme un tout de l'activité, le produit du travail qui est l'objet du contrat d'entreprise. »

Ainsi, dans le contrat d'entreprise, c'est le débiteur de la prestation d'activité (l'entrepreneur) qui supporte, dans une certaine mesure, le risque alors que dans le mandat, c'est le créancier (mandant) (105).

D'ailleurs, se fondant sur certains arrêts du TF (106), qui, comme nous le verrons plus loin, qualifient de contrat d'entreprise le lien de droit unissant le patient au dentiste (107), quand il s'agit de prothèses, et de mandat, quand il s'agit de traitement médical, GAUTSCHI en déduit que le critère de distinction entre contrat d'entreprise et mandat « réside dans le caractère corporel de la prestation de l'un et le caractère incorporel de la prestation de l'autre ».

A son avis, l'objet du contrat d'entreprise en droit suisse doit être « la confection ou la modification (et la réparation) d'une chose, ou l'obtention d'un résultat matériel de l'activité humaine. Les prestations de travail immatériel sont régies par les règles du mandat (108) ».

b) On peut citer également une seconde distinction importante entre le mandat et le contrat d'entreprise: le mandat, qui est avant tout un rapport de confiance nécessaire entre les parties, est révocable en tout temps (109), ce qui n'est pas le cas du contrat d'entreprise (110), ni du contrat de travail (111) du reste.

Or le médecin ne s'engage nullement, d'une manière générale, à livrer au patient quelque chose d'objectivement constatable « qu'il a créé lui-même ». Il est évident que le médecin ne promet pas la guérison du malade,mais s'engage seulement à exécuter une obligation d'activité (112) en vertu de laquelle il doit appliquer consciencieusement les règles de l'art, l'accent étant mis plutôt sur l'activité du médecin que sur le résultat de cette activité.

c) Toutefois, dans certains cas bien déterminés, le médecin peut être lié par un contrat d'entreprise.

Le Tribunal fédéral (113), suivi par la doctrine (114), a qualifié de contrat d'entreprise le rapport juridique entre le dentiste et son patient lorsqu'il s'agit de

(105) MUSTAFA, pp. 79, 105 et 106; OSER, ad OR 363, N° 3.

(106) RO 47 II 215; RO 53 II 424 et surtout RO 61 II 111.

(107) Voir, infra, notes 113 et 114.

(108) GAUTSCHI, Auftrag und Geschäftsführung in der Schweiz, Zürich 1953, pp. 73 ss.

Voir aussi GAUTSCHI, Der einfache Auftrag, p. 88: « Gegenstand des Werkvertrages ist das Resultat von Arbeit an körperlichen Sachen, weil nur für diese die Sachgewähr als Erfolgshaftung gemäss Art. 365/71 OR übernommen werden kann. Gegenstand des Auftrages hingegen ist ein geistiges oder künstlerisches, jedenfalls immaterielles Arbeitsprodukt, das häufig besondere wissenschaftliche oder künstlerische Ausbildung voraussetzt... » « Immer jedoch muss beim Auftrag das Arbeitsresultat immateriell und damit der Sachgewähr entzogen sein. »

Ibid., p. 89: « Dass die Arbeit an körperlichen Sachen einerseits und das immaterielle Arbeitsresultat anderseits das massgebende Unterscheidungskriterium bilden muss, folgt aus BGE 61 II 111/2, wenn innerhalb der zähnärztlichen Behandlung die Befestigung von Prothesen oder Kronen als werkvertragliche, die Zahnbehandlung dagegen als auftragsrechtliche Arbeit auseinandergehalten und für erstere Erfolgshaftung (Sachgewähr), für letztere Sorgfaltshaftung (art. 398 OR) angenommen wird. » SJZ 45 (1949), N° 17, p. 45.

(109) Cf. art. 404 CO, « sauf en temps inopportun. »

(110) Cf. art. 375-379 CO.

(111) Cf. art. 334-337d CO.

(112) La doctrine et la jurisprudence françaises font une distinction entre obligations de moyens (le médecin par ex.) et obligations de résultat (l'entrepreneur). Nous étudierons cette théorie au chapitre 7, section 8.

travaux techniques (technische Verrichtungen) tels que la confection d'une prothèse, la pose ou le remplacement d'une couronne, la fixation d'un pont, etc. En revanche, le rapport résultant d'un traitement ordinaire, de soins médicaux (Heilsbehandlung) tels que le traitement de racines, de caries ou d'abcès dentaires, relève du mandat.

Dans la première hypothèse, le dentiste répond de l'*Erfolgshaftung* (Sachgewähr), dans la seconde de la *Verschuldenshaftung* (115). Théoriquement la responsabilité de l'entrepreneur vis-à-àvis du maître présente deux aspects (116). Elle est généralement appréciée de la même manière que celle de l'employé ou du mandataire (art. 364, al. 1, CO). Toutefois l'entrepreneur garantit en plus la qualité de l'ouvrage (117) dont il s'est chargé (art. 367, 368 et 376 CO). Ces deux responsabilités coexistent et se complètent dans le contrat d'entreprise (118).

Cependant, l'arrêt le plus topique (119), concernant le dentiste, ne met pas l'accent sur la responsabilité causale de l'entrepreneur, car, en l'espèce, celui-ci avait de toute façon commis une faute et sa responsabilité aurait été recherchée

(113) RO 61 II 106 =JdT 1935, p. 432: «Les travaux de prothèses constituent un contrat d'entreprise, le traitement ordinaire, un mandat.»

Voir aussi RO 47 II 215; RO 53 II 419; Jdt 1935 I 553, note de jurisprudence; SJ 1947, 497.

(114) GAUTSCHI, p. 188: «Zwar sind in BGE 61 II 111/112 innerhalb einer konkreten zahnärztlichen Behandlung die technischen Dienste werkvertraglich, die therapeutischen auftragsrechtlich, ...»

Voir aussi, du même auteur, p. 379: «Das Bundesgericht hat die technischen Verrichtungen (Applizierung von Kronen, Brücken, Prothesen) werkvertraglich, die Heilbehandlung mandatrechtlich qualifiziert — (BGE 61 II 112)... Daran hat die Praxis festgehalten.»

Voir encore, Ibid., pp. 58 et 91.

THELIN, pp. 11 et 17, estime que la pose d'appareils orthopédiques et l'expertise relèvent aussi de l'entreprise.

PACHE, pp. 116 et 117.

Pour la France, voir notamment SAVATIER, Traité, p. 269: Le dentiste «pratique normalement des soins corporels; ses devoirs sont donc ceux indiqués plus haut. Cependant, à la différence du médecin, il comprend, dans les prestations fournies, non seulement des travaux, mais les matières des appareils qu'il prépare hors de la présence du patient et qu'il applique à ce dernier. La technique dentaire est aujourd'hui telle qu'on a pu considérer qu'il contractait normalement, en posant un tel appareil, une obligation de résultat, et, qu'à moins de démontrer, à l'origine du mauvais fonctionnement de ce dernier, un cas fortuit normalement imprévisible, il répond de la qualité et de l'adaptation de l'appareil».

Metz 13 décembre 1951, J.C.P. 52.II.6909, note Weill; Dijon, 24 janvier 1952, D. 52.171.

Trib. civ. Lille, 9 décembre 1929, Gaz. Pal. 1930.1.473: «Dans le contrat passé entre le chirurgien-dentiste et son client, la jurisprudence nous semble distinguer entre deux situations. *L'une* est l'obligation du chirurgien-dentiste de donner à son client une thérapeutique consciencieuse, attentive et conforme aux données acquises de la science, destinée à la conservation de la denture, de la gencive et de la prothèse, qui est une obligation de moyens. *L'autre* est la fourniture de la prothèse, l'ajustement et le contrôle, aussi bien que la prise d'empreinte préalable à la confection de cet appareil, qui est une obligation de résultat.»

(115) Voir, supra, note 104.

GAUTSCHI, pp. 58, 79 et 91 (kombinierter Vertrag): «Doch wurde zwischen technischen Verrichtungen des Zahnarztes (z.B. schlechte Verankerung von Kronen), für die die *Erfolgshaftung (Sachgewähr)* aus Werkvertrag besteht, und der Heilbehandlung unterscheiden. (BGE 61 II 112).»

(116) PACHE, p. 117.

(117) Il s'agit d'une sorte de responsabilité causale.

(118) BECKER, op. cit., II, p. 464: «... bestehen beide Haftungen nebeneinander, wobei die Haftung für Verschulden die Gewährleistung ergänzt.»

même si on avait appliqué les règles du mandat. C'est sur la faute que le TF a concentré son attention.

Aussi certains auteurs (120) estiment-ils que l'application des règles du contrat d'entreprise aux travaux techniques du dentiste est inopportune.

En France, où l'on distingue les obligations de moyens des obligations de résultat, la doctrine et la jurisprudence ont estimé que le médecin répondait généralement d'une obligation de moyens. Toutefois, dans certains cas, il y a obligation de résultat (121), notamment pour les travaux techniques du dentiste (122), la chirurgie esthétique ou orthopédique (123), les travaux de laboratoires (124).

E) La gestion d'affaires et la stipulation pour autrui

Parfois, le médecin privé examine et soigne un patient sans qu'il existe de lien contractuel entre eux. Il faut distinguer deux cas:

(119) RO 61 II p. 106 =JdT 1935, p. 432: «Dans la première hypothèse (contrat d'entreprise puisqu'il s'agit dans ce cas d'une prothèse dentaire), le juge doit examiner si l'entrepreneur a exécuté convenablement l'ouvrage; dans la seconde, si le mandataire s'est acquitté convenablement de sa mission. Dans l'une et l'autre hypothèse, la question à résoudre est celle de la faute professionnelle reprochée au praticien.»

(120) MUSTAFA, p. 62.

GAUTSCHI, p. 58: «Man kann sich fragen, ob diese Unterscheidung notwendig, richtig und überall durchführbar ist, weil konsequenterweise auch dem Arzt eine Erfolgshaftung obläge, sobald er eine Prothese appliziert.»

Ibid., p. 397: «Richtiger erscheint die einheitliche Qualifikation der privatzahnärztlichen Arbeit als Auftrag, ihre integrale Unterstellung unter die Sorgfaltshaftung nach Art. 398 I und II OR und Anwendung der identischen Kriterien wie für die Arzthaftung.»

SJZ 45 (1949) N° 17, p. 45.

(121) PHARAON, p. 27; MAZEAUD, Leçons, T. II, p. 16; MALHERBE, p. 84.

(122) Voir, supra, note 114.

(123) BOYER CHAMMARD, p. 85: «... (de) la chirurgie orthopédique où les chirurgiens sont appelés à mettre en place des matériels de prothèse plastique ou métallique. Il s'agit d'une obligation de résultat.
C'est également le cas de la chirurgie esthétique.»

(124) Cour d'Appel, Toulouse, 14 décembre 1959, S. 1960.159: «La science a fait des progrès gigantesques dans le domaine des travaux de laboratoire. L'aléa est devenu presque nul. Dans les analyses du sang, des résultats justes et certains sont devenus, sauf imprudence ou négligence, possibles. La jurisprudence a profité de ce progrès pour créer à la charge des cliniques employant ces techniques une obligation de résultat. Les tribunaux présument, en cas d'échec, leur faute. La victime est dispensée, dès lors, de fournir la preuve de la faute et c'est à la charge de la clinique de prouver la cause étrangère.

En fait, en entreprenant une analyse sanguine, la clinique ne s'engage pas seulement à mettre sa science au service du patient, mais à lui donner un résultat juste et précis.» L'arrêt affirme en outre qu'en matière d'analyse, l'obligation du débiteur (in casu une clinique) «est une obligation de résultat comme toutes les fois que l'activité professionnelle du médecin se cantonne dans des travaux de laboratoire ne comportant, en l'état des données acquises de la science, aucun aléa, l'acte médical de l'analyse sanguine ou de la détermination du groupe et du facteur Rhésus s'effectuant à coup sûr et se réduisant à une recherche d'ordre technique qui obéit à des règles strictes et invariables devant nécessairement aboutir à une exacte solution».

Trib. civ. Toulouse, 7 novembre 1957, J.C.P. 1958. 10.1972.

Cass. civ. 2 mars 1939, Gaz. Pal. 1939.1.872. Il en est de même pour le radiologue qui doit fournir à ses patients des clichés corrects.

MALHERBE, p. 84.

1) Le médecin est intervenu de son propre chef, spontanément, pour secourir une personne ayant perdu connaissance, à la suite d'un accident ou d'un infarctus, par exemple.
2) Le médecin a été appelé par des tiers (proches, voisin, ami, passant, policier) ou alors la personne sans connaissance a été transportée chez le praticien par ces tiers.

Dans ces deux cas, le malade n'a ni choisi, ni accepté le médecin; il a encore moins consenti au traitement préconisé par l'homme de l'art ou imposé par les circonstances parce qu'il est physiquement incapable, pour une raison quelconque, de manifester sa volonté, du moins avec le minimum de discernement requis par le Code civil; il n'y a ni contrat, ni accord de volonté: le médecin agit ici sans mandat.

Dans la première hypothèse, il y a gestion d'affaires (125); l'acte n'est pas illicite si c'est dans l'intention de gérer l'affaire d'une autre personne que l'on s'immisce dans sa sphère juridique et si cette ingérence correspond aux intérêts ou aux intentions présumables de la personne à qui l'on porte secours (126).

Notons qu'il y aura également gestion d'affaires du chirurgien lorsqu'il pratique sur son patient, encore sous anesthésie générale, une opération qu'il n'avait pas prévue, mais qui se révèle nécessaire (127).

Dans la seconde hypothèse, THELIN estime que «les personnes dont la volonté s'est substituée dans ce cas à celle du patient dans le choix du médecin, même si ce choix est dicté par le hasard ou par l'habitude (transfert dans un établissement officiel, par exemple) ont géré l'affaire d'autrui au sens de l'article 419

(125) THELIN, p. 17; SAVATIER, Traité, p. 288; OSER et SCHOENENBERGER, art. 419/5; BECKER, art. 419, N° 4; Emil SCHIFFERLI, Der ärztliche Behandlungsvertrag, pp. 31 ss.; Friedrich KOENIG und H. KOESTLIN, Haftpflicht des Arztes, p. 27.

KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 154-155. C'est alors que certains auteurs ont recours ici à deux notions différentes et classent l'ensemble des cas où le malade n'a pas librement choisi le médecin, ni ce dernier librement accepté, en deux catégories. Ou bien, en effet, le médecin intervient spontanément, ou bien, au contraire, son intervention est l'exécution d'engagements qu'il a pris antérieurement avec des tiers: Etat, hospices, cliniques, etc.

Dans la première catégorie, figurent tous les cas où le médecin soigne un accidenté ayant perdu connaissance, un noyé, par exemple: la morale, la charité, le «qu'en dira-t-on», l'obligation de porter secours (art. 63 nouveau du code pénal *français*) peut-être aussi, le déterminent seuls. Le contrat médical serait, alors, une gestion d'affaires.

THILO, p. 11 «(...) il n'est pas rare qu'un médecin, obéissant au devoir de sa profession, intervienne de son propre chef pour secourir un blessé. Comme, dans ce cas, il agit pour prévenir ou réparer un mal dont la victime de l'accident est menacée ou affectée, sa responsabilité éventuelle sera jugée avec moins de rigueur (art. 420 CO).»

GAUTSCHI, p. 21: «Der Gegenstand der Auftrages und der Geschäftsführung ohne Auftrag ist der nämliche; sonst könnte Art. 424 OR nicht bestimmen, dass die nachträgliche Genehmigung durch den Geschäftsherrn die auftraglose Geschäftsführung zu einem Auftrag macht.

Beispiele: Ein herbeigerufener Arzt nimmt sich eines bewusstlosen Patienten an. Nach Wiedererlangung des Bewusstseins genehmigt der Patient (meist stillschweigend) die Dienstleistung des Arztes.»

Voir aussi JdT 1928 I 586.

(126) Art. 419 CO.

(127) ROSENSTIEL, FJS N° 846, p. 1; THILO, p. 11.

du Code des obligations: elles devront en répondre par conséquent conformément aux règles de l'article 420 CO: ce sont donc ces personnes et non pas le médecin, qui encourent la responsabilité du gérant d'affaires. Si l'on examine maintenant la situation de plus près encore, on doit admettre que la raison de ce transfert est due à la volonté du gérant de faire traiter le malade: nous nous trouvons donc en face d'une relation complexe, la stipulation pour autrui (art. 112 CO), où la responsabilité du débiteur, en l'occurrence le médecin, est la même que celle du mandataire sur laquelle nous ne reviendrons pas. Ce n'est que dans le cas du médecin s'emparant d'un malade incapable d'exprimer sa volonté et le traitant de son propre chef que la responsabilité du «gérant d'affaires» pourrait s'appliquer au médecin. Il y a là matière à inépuisable controverse (128)».

Une telle construction nous paraît cependant trop compliquée; elle recourt à une figure de droit inadaptée aux circonstances de fait: un passant, témoin d'un accident, puis un médecin alerté par ce passant, se précipitent l'un et l'autre, chacun à sa manière, tous deux de façon impromptue au secours d'un être en péril. Il nous semble dès lors préférable d'admettre qu'il s'agit de deux gestions d'affaires au bénéfice du même maître, le patient.

Il y a également stipulation pour autrui quand le médecin «contracte avec un tiers l'engagement de secourir certains malades (129)».

(128) THELIN, p. 40.

(129) SAVATIER, Traité, p. 231: «Le médecin a pu, à l'avance, contracter avec un tiers l'engagement de secourir certains malades. Alors ce tiers a stipulé en faveur de ceux-ci. Et cette stipulation engage le promettant, de telle sorte que le malade, conformément à l'article 1121 du Code civil (français), en devient créancier dès qu'il manifeste sa volonté d'en profiter. C'est le cas des médecins qui se sont engagés envers une mutualité pour ses membres, envers un employeur pour son personnel ou envers une compagnie de navigation pour ses passagers.

A la suite de cette stipulation pour autrui, un contrat médical se formera directement entre le médecin et le malade à l'appel duquel il doit répondre. C'est le bénéfice de ce contrat qui a été promis par le médecin.»

Ibid., p. 382: «Lorsqu'un médecin contracte avec un employeur pour fournir ses soins à des tiers, le contrat contient une stipulation pour autrui au profit des malades éventuels. Les bénéficiaires de cette stipulation se trouveront donc directement créanciers du médecin pour la fourniture des soins convenus. Le médecin, en fournissant ses soins... exécute une dette personnelle envers le malade.»

GAUTSCHI, pp. 58 et 59.

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 155: «Dans les autres cas, notamment ceux de tous les médecins et internes des hôpitaux en ce qui concerne les services d'indigents, de même que les médecins militaires et les médecins des hôpitaux maritimes, l'acte médical serait juridiquement une stipulation pour autrui, autrui étant déterminé à terme par les circonstances, par la survenance de ces événements que constituent maladies ou accidents corporels; en souscrivant son engagement, en acceptant sa nomination et son affectation à tel hôpital ou à tel service, le médecin s'engagerait contractuellement à fournir des soins attentifs et consciencieux à tous malades que détermineraient les circonstances à venir.» Puis, plus loin, l'auteur ajoute (p. 155): «L'explication n'est qu'un subterfuge, car les notions de gestion d'affaires et de stipulation pour autrui n'apparaissent ici que pour suppléer à l'impossibilité de rapport direct entre les deux parties contractantes. A y regarder de près, en effet, le gérant d'affaires est soit le père, soit le voisin, soit l'ami, soit le passant charitable qui provoquera l'intervention du médecin, soit ce dernier lui-même, s'il n'y a personne auprès du malade ou du blessé; et s'il est entendu que c'est par ce truchement que telle victime d'accident de la circulation pourra se prévaloir d'un lien de droit qu'une perte momentanée de connaissance l'empêcha de réaliser elle-même, la nature de ce lien n'en est pas, pour autant, plus claire ni mieux définie...»

Ibid., p. 157.

Voir aussi RO 59 II 40, c.1.

Section 4. La qualification de mandat donnée au contrat de soins est-elle judicieuse?

Il a paru à certains auteurs que l'assimilation des obligations du médecin à celles d'un mandataire n'était qu'un «artifice nécessaire, faute d'une solution plus satisfaisante» (130).

Selon THELIN, «c'est après quelques hésitations que le Tribunal fédéral s'est rabattu sur le contrat de mandat. On peut dire sans exagération que la qualification juridique de la relation de droit qui nous occupe s'est faite *per exclusionem*. La solution, apparente tout au moins, est trouvée: les règles du mandat jouent le rôle de passe-partout, en l'absence d'autres dispositions particulières. C'est une échappatoire permettant de forcer dans un cadre juridique extensible les obligations du médecin» (131).

En France, la théorie du contrat de soins suscite, aujourd'hui encore, une opposition assez forte de la part de certains médecins et d'une partie de la doctrine qui estime que la «construction jurisprudentielle du contrat de soins n'est bâtie que sur une fiction juridique» (132).

Certes, de remarquables jurisconsultes, tout en reconnaissant «que ce que l'on dénomme contrat de soins, sans être une pure «fiction juridique» n'est sans doute pas une réalité aussi certaine qu'un louage d'ouvrage, de science ou d'industrie...» (133) ont montré, dans des analyses remarquables, tout le profit qui a été tiré de cette théorie contractuelle tant pour la protection du malade sur

(130) THELIN, p. 29.

(131) Ibid., pp. 17-18. A la page 33 du même ouvrage, THELIN affirme que «les règles du mandat ne sont qu'un pis aller, sorte de bonne à tout faire du Code des obligations et, par la généralité même de leurs caractères, elles ne sauraient s'appliquer sans autre aux rapports très spéciaux qui unissent le praticien à son patient».

(132) BRUNHES, p. 25.

Voir aussi LOMBARD, p. 89: «Le moule contractuel suscite même à l'heure actuelle des critiques. Certains le jugent théorique et dépassé; pour eux, le droit est aujourd'hui en retard d'un concept juridique puisqu'il a découvert le contrat médical au moment où ce dernier amorce le processus de son déclin.»

(133) Cf. Acta du 1er Congrès Mondial de Droit médical de Gand, p. 68: exposé de Louis KORNPROBST.

Voir aussi KORNPROBST, Le contrat de soins médicaux, N° 25: «Le contrat de soins» n'est, en définitive, que ce que le droit utilise sous le nom de *fiction juridique*; il n'est pas une réalité. Si nous employons le mot «utilise» c'est qu'en effet, par «fiction juridique», il faut entendre un procédé technique, un moyen de rendre compte d'effets de droit que l'on ne peut expliquer ni justifier autrement. Ainsi en est-il de la *Personnalité Morale,* théorie si féconde que, sur elle, repose tout le droit des sociétés...»

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 184: «En matière médicale, le contrat est une fiction.»

LOMBARD, p. 36: «Le contrat médical, que la jurisprudence nous a fait découvrir, est plutôt le fruit de la théorie pure que de la pratique quotidienne qui met le plus souvent en présence un praticien surmené et un malade paniqué.»

Ibid., p. 90: Il faut «souligner la disparition partielle de la notion de contrat médical dans le cadre de l'autonomie de la volonté». La socialisation, le morcellement en spécialités, la modernisation de la médecine font que «la notion de contrat individuel devient chaque jour plus étrangère au médecin».

le terrain de la capacité ou du consentement que pour la nature et les limites des obligations du praticien (134).

On peut légitimement se demander, il est vrai, si les divers contrats de services (135) prévus par la partie spéciale du CO, notamment le mandat, répondent à la nature particulière de l'acte médical, trop complexe et soumis à l'aléa pour être classé. Ainsi, à l'instar de la jurisprudence (136) et de la majorité de la doc-

(134) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 128 ss.
KORNPROBST, Les Auxiliaires Médicaux, pp. 79 ss.
Acta, Gand, pp. 147 ss (exposé de KORNPROBST) et p. 167.
BOYER CHAMMARD, p. 78: «Nous ne partageons pas cette opinion. Pour nous, le contrat médical n'est pas le fruit de la théorie pure plus que de la pratique quotidienne. Les relations médicales contractuelles correspondent à une réalité bien vivante, qu'il s'agisse de relations paracontractuelles ou que l'on assiste aux phénomènes nouveaux qui ont largement modifié la médecine.»
Ibid., pp. 78-80: «Il y a des cas, c'est vrai, où le contrat ne peut naître libre et régulier des deux volontés, mais comme le dit le doyen SAVATIER «le droit moderne a mis en relief que les relations établies entre deux personnes par un contrat pouvaient trouver des analogies extrêmement proches dans les relations établies entre les mêmes personnes par la loi ou par les circonstances en l'absence de contrat. Le cas est fréquent dans les relations médicales...». Telle est, hélas! trop tragiquement habituelle, la situation des accidentés de la route, dans le coma et sans conscience, qu'un médecin peut et doit secourir, alors que le blessé est hors d'état d'exprimer librement sa volonté. Tels aussi les accidents du travail et tous les autres drames de la vie moderne. Dans ces hypothèses, «la relation juridique qui s'établit copie les résultats du contrat médical».
«De ces exemples, quotidiennement vécus, d'autres situations peuvent encore être rapprochées: que l'on considère en médecine sociale, soumise au droit public, la relation paracontractuelle entre un patient et un médecin lorsque c'est la loi qui oblige le premier à se soumettre au second, ou qu'il s'agisse d'un cas, parfaitement pratique, d'un médecin soignant un incapable, le plus souvent un enfant, dans l'ignorance légitime des autorités s'exerçant sur lui, ou dans l'impossibilité d'en référer à temps à ces autorités. Peut-être le contrat serait-il nul en tant que contrat. Si tel était le cas, il n'en subsisterait pas moins que la relation paramédicale produirait des effets semblables à ceux du contrat».
«Dans la médecine d'hôpital qui se développe, il n'y a pas de contrat au sens de l'arrêt civil de 1936. Dans les équipes chirurgicales, que la responsabilité soit individualisée ou généralisée, les règles du contrat médical restent valables. Que, enfin, la médecine de groupe pose actuellement des problèmes délicats, c'est incontestable. Il est donc nécessaire de ne pas laisser se dissoudre la notion de contrat médical. Celui-ci demeure ce que les auteurs, juristes ou médecins, ont trouvé de mieux pour y couler les relations existant entre les malades et le corps médical. Quant à la Cour suprême, elle en tire, en fin de compte, le meilleur parti, veillant à ce que les obligations qui en découlent ne nuisent ni aux malades ni aux médecins. Que certains esprits rigoureux soient parfois déconcertés, c'est possible: c'est que, du fait du caractère particulier de la profession médicale, le contrat médical n'est pas un contrat comme les autres, n'étant ni un mandat, ni un contrat de travail ou d'entreprise.»
BRUNHES, p. 26: «Cette théorie contractuelle ne doit pas être tellement dépourvue d'efficacité puisqu'elle a été adoptée récemment par la jurisprudence québecquoise et y aurait produit d'heureux résultats, tant sur le plan juridique que sur le plan humain. Un juriste canadien, M. le Professeur Paul A. Crépeau, de la Faculté de Droit de l'Université Mac Gill de Montréal, a tenu à citer à ce propos l'opinion d'un autre juriste, M. le Doyen Azard, soulignant que la nouvelle jurisprudence québecquoise a eu pour effet de substituer, précisément en mettant l'accent sur la notion de contrat, à ce que l'on a si justement qualifié d' «impérialisme médical» la conception d'une médecine basée sur des rapports d'homme à homme, de confiance mutuelle, d'engagement sur un pied d'égalité.
En émettant quelques réserves sur ce qu'une telle formule peut avoir d'excessif, car il serait dangereux d'admettre que la relation malade-médecin se noue sur un pied d'égalité, et pour en revenir au droit français, la thèse contractuelle a fait certainement progresser le droit médical».
LOMBARD, p. 89.
(135) Contrat de travail, d'entreprise, de mandat.
(136) Civ. 13 juillet 1937, D.H. 1937.57.
Cf. Matter, note sous Civil, 20 mai 1936, D. 1936.1.88.

trine françaises (137), le contrat médical serait un contrat *sui generis*, ayant son identité propre. C'était déjà l'avis de THELIN (138).

Notons que GAUTSCHI prétend que le droit suisse ignore la notion de contrat de travail *sui generis* puisque les conventions de travail qui ne peuvent être classées dans un des contrats-types de la partie spéciale du CO sont des mandats (139).

Nous pensons personnellement qu'il faut se reporter à la définition du mandat que nous donne l'article 394 CO qui a la teneur suivante:

« Le mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis.

Les règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats.

Une rémunération est due au mandataire si la convention ou l'usage lui en assure une. »

« Le concept de mandat est très large; aucune définition précise n'est possible. » Mais c'est précisément l'ampleur de la notion de mandat en droit suisse qui permet d'appliquer les principes généraux et la réglementation du mandat aux activités pour le compte d'autrui qui ne font pas l'objet d'un contrat nommé

(137) J. SAVATIER, La Profession libérale, p. 216.

KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 26: « Aussi bien, dès son baptême, le contrat apparut-il inclassable. »

Ibid., N° 27: « Pourquoi, d'ailleurs, une étiquette? Déjà, les Romains, juristes jamais égalés, savaient et enseignaient qu'il existe des conventions inclassables dans les contrats de droit civil et que l'on ne peut, pour autant, rejeter. Ne pouvant les nommer, ils les déclaraient « innomées » ou *sui generis*... »

(138) THELIN, pp. 119-120.

FREY va encore plus loin. Il voit dans l'activité du médecin une sorte de contrat qui ne doit pas être soumis aux règles d'aucun type de contrat défini par le Code, mais seulement aux règles de la partie générale du CO et aux principes du droit du travail.

BOYER CHAMMARD, p. 81: « L'activité médicale ne ressemble pas aux autres activités et le contrat médical n'est pas un contrat comme les autres. »

(139) GAUTSCHI, p. 79.

Voir aussi KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 154: « Ne nous arrêtons pas au mol oreiller du contrat innommé ou sui generis, écrit le Premier Président Courrégelongue, formule paresseuse plus propre, en général, à éluder des difficultés qu'à les résoudre.

La notion de « contrat innommé » est, en effet, une notion essentiellement fuyante à laquelle il ne suffit pas de faire appel et, suivant la forte recommandation de M. Pierre Voirin, sous peine de se payer des mots, l'on doit préciser la réalité juridique qu'elle abrite dans chaque cas particulier. Ce n'est pas tout, en effet, de reconnaître l'existence d'un lien contractuel: qui dit contrat, dit toujours consentement, capacité objet et cause. Laisser de ces quatre éléments la libre définition à chacun suivant les circonstances et ses convenances, n'est-ce pas ouvrir la voie à l'abus, au chaos, à l'anarchie? Suivant une heureuse formule du Prof. Desbois, la convention doit être définie en elle-même, d'une manière objective et non en fonction des mobiles qui animent les contractants. »

Sur les contrats innommés, voir notamment: BECKER H., art. 19, N° 3-20; OSER et SCHOENENBERGER, art. 19, N° 2, Vorb. Art. 184-551; JAEGGI P., art. 1er, N° 117; MEYER-HAYOZ, FJS N° 1134 et 1135.

(spécial) (140). Le TF l'a affirmé expressément en donnant la définition suivante du mandat: c'est «un contrat par lequel le mandataire s'oblige envers le mandant à rendre un service non prévu dans les autres contrats nommés par le CO (141)».

SAVATIER a bien analysé la nature et les caractères propres du contrat médical (142) (143):

1) C'est un contrat *essentiellement personnel* (144).
2) Le médecin est ainsi choisi *«intuitu personae»* à raison de la *confiance* qu'il inspire au malade (145).
3) Le contrat médical est normalement *synallagmatique* et conclu à *titre onéreux* (146).
4) Le contrat médical n'est pas un contrat de résultat; il n'engendre qu'une *obligation de moyens* (147).

(140) FLATTET, p. 90; BECKER, ad art. 394.

GAUTSCHI, p. 23: «Dazu treten aber im schweizerischen Auftragsrecht die zahlreichen tatsächlichen Arbeitsleistungen.»

MUSTAFA, p. 54: «Le mandat doit être défini d'une manière négative en prenant en considération le caractère subsidiaire qui le distingue. Le contrat qui a pour objet une prestation de travail et ne présente pas les éléments essentiels ou les «caractères spécifiques» d'une autre convention de travail est soumis, selon l'art. 394, al. 2, aux règles du mandat.»

RO 51 II 186.

(141) RO 59 II 260 =JT 1933, p. 620 ss.

(142) SAVATIER, Traité, p. 211, donne au préalable sa définition du contrat de soins: «Le contrat médical est une convention entre un médecin, d'une part, un patient ou ses représentants, de l'autre, par laquelle le médecin accorde au patient, sur sa demande, des conseils et des soins de santé.»

(143) Ibid., pp. 211-213: énumération des caractéristiques du contrat médical.

(144) Ibid., p. 211: «La santé du patient, le fonctionnement de ses organes, les tares et misères physiques dont il peut souffrir, la nature des soins qu'il demande au médecin, touchent l'intimité même de sa personne. Les confidences qui seront faites au médecin, en vue de ses soins, commandent donc une confiance entière du malade envers lui.»

Voir aussi KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 94.

(145) SAVATIER, Traité, pp. 211-212: «C'est pourquoi la charte médicale et les représentants de la médecine libérale attachent un si grand prix au libre choix du médecin par le malade. Si ce libre choix peut être écarté par l'urgence, s'il peut être limité ou même supprimé dans le secteur public de la médecine, il est la règle fondamentale du contrat médical libre.

Ce libre choix est toutefois lié à l'idée d'un contact humain entre le malade et le médecin auquel il se «confie». (...) le développement du droit médical, dans les directions où il s'aiguille, diminue inévitablement ce caractère proprement personnel du contrat médical.»

(146) Ibid., p. 212: «Il y a sans doute quelque difficulté à qualifier ainsi le contrat médical, puisque la santé humaine, étant au-dessus du commerce, n'a pas, à proprement parler, d'équivalent pécuniaire. Mais on doit, du moins, admettre que le travail et les soins du médecin, inhérents au contrat, appellent une rémunération. Sauf quand le médecin les accorde gratuitement, le contrat médical aura donc les effets juridiques attachés au contrat à titre onéreux.»

(147) Ibid., pp. 212-213: «On entend par là que le médecin ne s'engage pas à guérir le malade ou à obtenir, sur la santé de celui-ci, un résultat précis dont la non-réalisation le constituerait en faute et l'obligerait à des dommages-intérêts. Le médecin, dit la Cour de Cassation, s'engage seulement à donner au malade des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données actuelles de la science.

Le chirurgien, par exemple, qui convient avec un malade de pratiquer une amputation, détermine contractuellement le résultat à atteindre. Mais il ne s'y engage pas, au point d'être présumé en faute, s'il échoue dans ce résultat. Comme il ne doit contractuellement que des soins convenables, c'est au malade qu'il incombe toujours de prouver, s'il se plaint, la mauvaise qualité de ses soins.»

5) Le contrat médical est un contrat *continu* (148).
6) Enfin, le contrat médical est *résiliable unilatéralement* (149).

La doctrine et la jurisprudence ont dégagé certaines caractéristiques du mandat en droit suisse (150):

1) *La nature de la prestation:* l'activité du mandataire est dirigée dans une direction déterminée sans qu'un résultat précis puisse toutefois être exigé ou promis avec certitude (151).
2) *L'indépendance du mandataire*, c'est-à-dire l'absence de subordination éthique ou technique à l'égard du mandant (152).
3) L'aspect essentiellement *personnel*: le contrat est conclu généralement *intuitu personae*; les qualités propres du mandataire sont ainsi déterminantes.
4) *Le rapport de confiance* qui doit dominer les liens d'obligation dérivant du mandat (153).
5) *La révocation ou la répudiation unilatérale* (dénonciation extraordinaire de l'article 404 CO), justifiée essentiellement par la rupture du rapport de confiance (154).

Notons que la gratuité du mandat, présumée par l'article 394 CO, n'est plus un trait essentiel de ce contrat, la plupart des mandats étant rémunérés à l'heure actuelle (155). De même, le fait que le mandataire exerce une profession libérale ou un métier manuel n'est plus une caractéristique du mandat depuis l'introduction de l'article 461 CO (156).

Les caractéristiques énoncées ci-dessus montrent bien, à notre avis, que le mandat est finalement la figure de droit qui correspond le mieux à la nature particulière de l'acte médical.

(148) Ibid., p. 213: «Il ne se réalise pas d'un seul trait, à la manière d'une vente qui transfère la propriété de la chose vendue, et met à la charge de l'acheteur la dette du prix, dès l'instant où les parties sont d'accord. Le malade, au contraire, stipule, par le contrat médical, un examen et des soins qui se prolongent nécessairement un temps plus ou moins long. Dès lors, le contrat médical se développe et évolue, dans ce temps, d'une manière qui éclaire les obligations qu'il engendre.»

(149) Ibid., p. 213: «Puisque ce contrat implique à tout moment, la confiance du malade, celui-ci peut le rompre dès que le médecin a perdu sa confiance, c'est-à-dire à volonté. D'autre part, le médecin ne peut être considéré comme engagé définitivement. Lui aussi pourra donc rompre le contrat médical, mais moins librement que le malade car il ne doit jamais risquer, par un tel abandon, de nuire à celui-ci.»

(150) Cf. MUSTAFA, pp. 92-102.

(151) Voir, supra, notes 88, 102 à 104.

(152) Voir, supra, note 90.

(153) Voir, supra, note 109.
Cf. aussi MUSTAFA, p. 26: «C'est... dans le rapport de confiance qui doit dominer les liens d'obligation dérivant du contrat de mandat...»

(154) Voir, supra, note 109.

(155) Voir, supra, note 86.
Voir également OSER et SCHOENENBERGER, art. 394, N° 16; GAUTSCHI, pp. 9, 10, 102 et 103; MUSTAFA, p. 25.

(156) Voir, supra, notes 83 à 85.
Se reporter aussi à MUSTAFA, pp. 55 et 56.

Le contrat de soins médicaux s'insère parfaitement dans les règles élastiques du mandat même si cette qualification n'épuise pas les multiples aspects de l'acte médical. En définitive, le contrat de soins est une « sous-catégorie » du mandat, avec son identité propre, qui précise sans les contredire les règles du mandat en général (157).

Notons pour conclure que l'obligation contractuelle du médecin est finalement la même, quel que soit le lien de droit qui l'unit au patient: agir diligemment et conformément aux règles de l'art médical (158).

Section 5. La responsabilité médicale à l'étranger

A) **En France**

En France, à quelques exceptions près (159), le fondement contractuel (160) de la responsabilité médicale (161) n'est plus un sujet de controverse depuis le célèbre arrêt de la Cour de Cassation de 1936 (162). Cet arrêt a mis fin à une longue polémique entre la doctrine et les tribunaux (163).

La nature juridique du contrat médical, en revanche, est toujours l'objet de vives discussions au sein de la doctrine (164). Toutefois, la majorité des auteurs admet la théorie du contrat innommé, *suis generis* (165).

« Voulant, à une époque (au XIXe siècle) où, dans leur esprit, tout travail n'ennoblissait pas l'homme, distinguer, à l'instar du droit romain, la profession libérale des travaux manuels, considérés comme inférieurs, les juristes classiques

(157) GAUTSCHI, p. 24. Certaines dispositions du mandat (art. 400, 401, 402, al. 1, CO) ne conviennent qu'aux actes juridiques et pas aux services des médecins.

L'objet propre et les obligations qui découlent du contrat médical le distinguent des autres contrats et des règles qui les régissent. Le fait de ressembler, pour une partie, à l'un des contrats prévus par le Code, en l'occurrence le mandat, ne lui fait pas perdre son identité propre. Le contrat médical n'est pas nécessairement un contrat de mandat, mais seules les règles du mandat s'appliquent aux relations qu'il régit.

(158) RO 59 II 37 (pp. 40 à 41); RO 34 II 32 =JdT 1908 I 354; JdT 1941 II 62 (pp. 163-164). THELIN, pp. 119-120.

(159) LOMBARD, p. 89. L'auteur considère la théorie contractuelle comme « théorique et dépassée ».

NEGRE, pp. 39 ss. et 49 ss., nie l'existence d'un lien contractuel en France.

(160) BRUNHES, p. 24; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 148; BOYER CHAMMARD, pp. 76-80, note que depuis l'arrêt de 1936, la jurisprudence est constante.

(161) Cass. civ. 20 mai 1936, DALLOZ, 1936.I.88 et Gaz. Pal., 1936.II.41, avec les conclusions du Procureur Général Matter.

(162) En clientèle privée.

(163) THILO, pp. 11 à 15.

(164) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 148-158. L'auteur étudie systématiquement les diverses qualifications envisagées par la doctrine en les critiquant. Il fournit en outre une abondante bibliographie.

(165) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 157; PHARAON, p. 33.

BOYER CHAMMARD, p. 81: « L'activité médicale ne ressemble à aucune autre et l'acte médical n'est pas un contrat comme les autres. »

SAVATIER, Traité, p. 215: « Les auteurs modernes et la jurisprudence regardent le contrat médical comme différent de tous ceux de la nomenclature classique. » C'est un contrat « sui generis ».

Cass. civ. 13 juillet 1937, Gaz. Pal. 1937.2.384.

français avaient cherché, parmi les contrats civils traditionnels, une place suffisamment haute. Ils avaient rejeté le contrat de travail parce que l'élément de subordination qu'impliquait ce contrat ne préservait pas l'indépendance nécessaire du médecin. D'où la tentative artificielle, dont l'échec est aujourd'hui reconnu, qu'ils avaient faite, après les Romains, pour qualifier le contrat de soins de mandat. Or, tout s'opposait en réalité à une telle assimilation (166).»

Le caractère essentiel du mandat en droit français réside dans le pouvoir donné au mandataire d'agir au nom du mandant — en son lieu et place — et de le représenter juridiquement. L'objet du mandat, selon l'art. 1984 CC fr., est toujours un ou plusieurs actes juridiques, accomplis par le mandataire, destinés à lui donner des droits et des devoirs envers des tiers, et faits par voie de représentation directe.

Or, le médecin ne représente pas son patient (166) et il accomplit des actes matériels — et non pas juridiques — sur le corps de son patient pour obtenir sa guérison. Les soins du médecin ne répondent évidemment en rien à cette définition. Le médecin n'est donc pas un mandataire.

En outre, le mandat français est normalement gratuit tandis que le contrat médical est onéreux (168).

B) En Allemagne

Comme l'activité du médecin est généralement fournie contre rémunération, le mandat, essentiellement gratuit dans le BGB, ne saurait entrer en ligne de compte (169). Ainsi, en droit allemand, le contrat de soins qui lie le médecin, exerçant à titre privé, à son patient, est, d'une manière générale, qualifié de contrat de service (Dienstvertrag), contrat onéreux (170).

Toutefois, dans les cas où en droit suisse (171) il s'agirait d'un contrat d'entreprise, le contrat est pareillement qualifié de contrat d'ouvrage (Werkvertrag) en droit allemand (172) selon le par. 675 BGB. En outre, à la différence de notre droit, le rapport contractuel entre un chirurgien et son patient concernant une opération est régi par les règles du contrat d'ouvrage (173).

C) En Italie

L'activité du médecin, habituellement de nature contractuelle, représente, comme en France, une obligation de moyens et de diligence (174).

(166) SAVATIER, Traité, p. 213.

(167) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 150: «Le médecin ne représente pas le malade sauf peut-être lorsqu'il fait appel à un spécialiste.»

(168) POMMEROL, p. 16.

(169) GAUTSCHI, p. 22: «Nach Par. 662 BGB ist der Auftrag per definitionem unentgeltiche Geschäftsbesorgung.» L'activité libérale du médecin ne peut donc pas être soumise au mandat.

(170) STAUDINGER, BGB, Remarques préliminaires, V, 1, avant le par. 661; KOENIG, Haftpflicht des Arztes, pp. 4 ss; ERBERMAYER, Der Arzt im Recht, pp. 72 ss.

(171) Voir, supra, notes 113 et 114.

(172) Voir, supra, note 170.

(173) PALANDT Otto, Kommentar des BGB, par. 631, 2a.

(174) BONVICINI, La Responsabilità civile, T. II, p. 766.

Chapitre II

Le contrat de soins médicaux en droit suisse

Formation, objet et fin du contrat

Section 1. Portée générale des offres de service du médecin (1)

« Le médecin ouvrant un cabinet de consultation manifeste par là son intention non équivoque de traiter des malades ; il offre ainsi ses services d'une manière générale au public, à moins qu'il ne les limite, d'emblée et manifestement, par l'annonce d'une spécialité (2). »

Mais le médecin est-il libre de refuser ses services ?

La liberté personnelle (3) implique la liberté des contrats. Chacun, d'une manière générale, est libre de conclure un contrat ou de s'y refuser ; nul ne peut y être contraint (4). L'obligation de contracter est l'exception ; elle doit résulter de la loi ou s'imposer en vertu des bonnes mœurs (5).

En outre, la liberté contractuelle suppose aussi le libre choix du partenaire : chacun est libre de contracter avec qui il veut (6).

(1) THELIN, p. 35.
(2) Ibid., p. 35.
(3) SCHNETZLER, avis de droit, juin 1966, p. 3 : « L'art. 4 de la Constitution vaudoise garantit la liberté individuelle. »
(4) OFTINGER-JEANPRETRE, N° 1, p. 1 ; THILO, note au JdT 1955 I 146-148 ; JAEGGI P., Bemerkung zum Fall Seelig, dans RSJ 50, 1954, pp. 353 ss.
Voir aussi RO 80 II 26 =JdT 1955 I 136, 142-146.
(5) ENGEL, pp. 81-82, cite de nombreux exemples.
(6) Ibid., p. 83. L'auteur précise que l'offre à une personne indéterminée peut naturellement engendrer une acceptation quelconque, donc un lien contractuel avec n'importe qui. Le choix n'est plus de mise (p. 83, ch. 1).
En outre, un refus blessant, injurieux, attentatoire aux droits de la personnalité ou à l'honneur (motif racial, p. ex.) peut être illicite (p. 83, ch. 3).

L'offre de service générale du médecin ne l'oblige donc nullement, selon une doctrine (7) et une jurisprudence constantes, mais souvent peu connues (8), à traiter les malades qui s'adressent à lui, « même dans le cadre restreint d'une spécialité déterminée (9) ».

Le libre choix de sa clientèle, par le médecin, est un principe ancien et certain (10). Le praticien peut ainsi refuser les soins ou les services (11) qui lui sont demandés, que ce soit pour des raisons personnelles ou professionnelles (12).

Mais le principe de la liberté du médecin comporte de nombreuses exceptions; le praticien ne peut en effet refuser ses services, notamment en cas:

(7) THELIN, pp. 35 et 120; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 191; du même auteur, Le contrat de soins, N° 94 et 100; SAVATIER, Traité, pp. 231 et 232; LOMBARD, pp. 87 et 88; BOYER CHAMMARD, p. 74; ROSENSTIEL FJS N° 846, p. 6; APPLETON et SALAMA, Le droit médical, p. 69; DEMOGUE R., Traité des Obligations.

Principes de déontologie établis par la Chambre des Médecins, (Canton de Vaud) du 7 juin 1962, art. 6.

Art. 35 du Code de déontologie français.

(8) LOMBARD, pp. 87-88.

(9) THELIN, p. 35.

(10) Ibid., p. 35.

(11) SAVATIER, Traité, pp. 231-232; LOMBARD, pp. 87-88; BOYER CHAMMARD, p. 74.

KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 94 et 100.

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 191. L'auteur rappelle que ce principe résulte de la loi comme de la déontologie.

Voir aussi Angers, 3 mars 1936, Gaz. Pal. 1936.1.854; Trib. civ. Grasse, 27 mai 1935, Gaz. Pal. 1935.2.341.

Art. 35 du Code de déontologie français.

Enfin, on peut se demander si, par analogie, le médecin, ayant par son diplôme le monopole des soins, n'a pas une obligation légale de contracter à l'instar de l'obligation des postes ou des chemins de fer d'accepter les transports, les envois postaux et de marchandise, cette obligation étant le corollaire dudit monopole. VON TUHR affirme que non (pp. 238-240) mais, prenant l'exemple d'un boulanger, il attire l'attention sur la possibilité d'appliquer l'art. 41 CO.

(12) SAVATIER, Traité, p. 231.

KORNPROBST, Le Contrat des soins, N° 94: « Certes le contrat des soins n'est pas toujours formé *intuitu personae*, toutefois, on ne peut nier que la considération de la personne à soigner soit susceptible de jouer un rôle déterminant dans le consentement du médecin. »

(13) Il s'agit du cas où le danger couru par un patient impose au médecin un secours immédiat. C'est une nécessité, un devoir de droit public.

THELIN, pp. 35 et 36. L'auteur fait remarquer qu'il s'agit du cas où le « praticien est *seul* à pouvoir donner des soins, au moins momentanément ». C'est une question de conscience professionnelle, qui ne peut recevoir qu'une solution individuelle, ajoute-t-il.

ROSENSTIEL, FJS N° 846, p. 6. L'auteur mentionne l'application de l'art. 41 CO en cas de refus du médecin contraire à la bonne foi.

Voir aussi BRUNHES, p. 36; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 191-194 (notamment la définition de l'urgence); du même auteur, Le contrat de soins, N° 101; SAVATIER, Traité, pp. 231 et 232; GAUTSCHI, pp. 47, 125 et 170; BOYER CHAMMARD, p. 74; KOHLHAAS, pp. 506-511.

Cf. également l'art. 5 du Code de déontologie français: « Quelle que soit sa fonction ou sa spécialité, hors le seul cas de force majeure, tout médecin doit porter secours d'extrême urgence à un malade en danger immédiat, si d'autres soins médicaux ne peuvent pas lui être assurés. »

Cf. art. 35 du même code.

Principes de déontologie établis par la Chambre des médecins, art. 6 (cf., supra, note 7).

Art. 63 du Code pénal français sur la non assistance à personne en danger. Une telle disposition n'existe pas dans le CPS.

(14) Cf. art. 35 du Code de déontologie français.

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 193: « L'abstention ne peut être punissable que si elle constitue une erreur de conduite, une faute. Les auteurs les plus autorisés l'admettent. La loi n'oblige en effet ni au dévouement, ni à la compassion. »

1) d'urgence (13) où, ce faisant, «il manquerait à ses devoirs d'humanité» (14).
2) de réquisition (15);
3) de monopole de fait dans une région (16);
4) de contrat préexistant avec le patient (17);
4) de contrat le liant à un tiers (commune, compagnie d'assurance ou de navigation, entreprise, etc.) (18).

Section 2. La formation du contrat médical (art. 395 CO)

A) Les règles générales (19) concernant la formation des contrats (art. 1 ss. CO) s'appliquent également au contrat de soins. En principe, tout contrat est conclu dès que l'accord de volonté des parties sur une offre et une acceptation réciproques et concordantes est réalisé (20); cet accord est généralement exprès.

B) Dans le contrat de soins, en revanche, l'accord est le plus souvent tacite (silence ou acte concluant) (21). En principe le silence ne vaut pas acceptation;

(15) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 191 (Code de santé publique); KORNPROBST, Le Contrat de soins, N° 100; BOYER CHAMMARD, p. 74.

Art. 4 LOS.

(16) THELIN, p. 120, ne peut admettre «que le médecin ait le droit de refuser ses soins alors que personne d'autre ne se trouve sur place».

Le contrat de soins, contrat de droit privé, a aussi les caractères d'une institution de droit public.

ROSENSTIEL, FJS, N° 846; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 191; du même auteur, Le Contrat de soins, N° 100; VON TUHR, pp. 238-240; ENGEL, p. 82.

(17) BRUNHES, p. 36: «Le médecin ne peut ajourner une visite urgente. Il doit répondre dès que possible à l'appel d'un de ses patients:

— sauf en cas de force majeure

— sauf connaissance du caractère de son malade qui a tendance à vite s'affoler.»

GAUTSCHI, p. 170.

SAVATIER, Traité, p. 231: C'est le cas où le médecin est donc déjà engagé envers le malade suivi par lui, en vertu d'un contrat médical initial (art. 28 du Code de déontologie).

(18) THELIN, p. 35: «Le médecin exerçant une fonction officielle, ou lié par un contrat particulier avec un organisme quelconque, n'a pas le droit de refuser des services entrant dans le cadre des attributions dont il s'est expressément chargé; cette exception souffre cependant elle aussi à son tour une exception, c'est lorsque l'activité générale du médecin comme thérapeute entre en conflit avec son activité particulière de médecin de police, ou d'expert, par exemple, et devient incompatible avec les obligations découlant du secret professionnel.»

Voir aussi KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 191; du même auteur, Le contrat de soins, N° 100; SAVATIER, Traité, pp. 231-232; GAUTSCHI, p. 170.

(19) Sur ces règles générales, on peut consulter notamment: VON TUHR, pp. 126-167 et plus particulièrement par. 24, pp. 159 ss; BECKER H., art. 1; OSER et SCHOENENBERGER, art. 1, Vorbemerkungen, ad art. 3-10, N° 29; PIOTET P., La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse; FLATTET, p. 92.

(20) ENGEL, pp. 121, 125, 151 et 152; GAUTSCHI, p. 119.

(21) ENGEL, p. 100.

Faire l'anamnèse du patient, l'examiner, sont, par exemple, des actes concluants signifiant que le mandat est accepté par le médecin.

KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 23: «Ce sont les actes, les démarches du malade comme du médecin qui, implicitement, et presqu'inconsciemment, dans l'instant, traduiront une volonté réciproque, non exprimée, de soigner et de recevoir des soins. Il ne faut pas chercher ailleurs une manifestation plus claire ni plus précise de cet accord mutuel qui est la source presqu'insoupçonnée du contrat formé comme à l'insu des intéressés (...)».

dans certains cas, toutefois, en raison de circonstances spéciales (22), se taire signifie accepter (23). En matière de mandat, notamment, l'art. 395 CO (24) prévoit une exception: le silence du destinataire de l'offre — le médecin — vaut acceptation; le contrat médical est ainsi conclu à moins d'un refus immédiat du médecin (25).

C) Le Code des obligations pose le principe de la liberté de la forme. D'après l'art. 11 CO, les contrats et autres actes juridiques ne sont soumis à une forme particulière qu'en vertu d'une prescription de la loi (26). Le mandat n'est soumis à aucune forme particulière; (27) le contrat de soins est généralement tacite (28).

Section 3. L'objet du contrat de soins

L'objet du contrat, c'est son contenu, la prestation, bref, tout ce que les parties ont voulu (29). Certes, l'objet du contrat de soins est complexe et très difficile à déterminer (30). On peut tout de même esquisser la définition suivante: Le contrat de soins (ou contrat médical) est une convention entre un médecin d'une part et un patient (31) ou ses représentants (32) d'autre part, par laquelle le praticien accorde au patient, sur sa demande généralement, des conseils et des soins relatifs à sa santé (33).

(22) Cf. art. 6 CO.

(23) ENGEL, pp. 102 et 146; SECRETAN, Note sur la portée juridique du silence (...), dans JdT 1946 I 237 ss.

(24) Art. 395 CO: «A moins d'un refus immédiat, le mandat est réputé accepté lorsqu'il se rapporte à des affaires pour la gestion desquelles le mandataire a une qualité officielle, ou qui rentrent dans l'exercice de sa profession, ou pour lesquelles il a publiquement offert ses services.»

(25) GAUTSCHI, p. 124, évoque, par exemple, le cas du chirurgien qui ne se sent pas compétent pour entreprendre une opération particulièrement délicate. Il doit en informer immédiatement le patient.

Ibid., pp. 120 et 121. Gautschi relève toutefois que le contrat n'est conclu que lorsque le médecin, en présence du malade, ne refuse pas ses soins. Le fait qu'une secrétaire ou qu'une auxiliaire médicale fixe par téléphone un rendez-vous à un patient n'implique pas que le médecin accepte le mandat; seul le praticien, ou son représentant direct, peut accepter le mandat.

(26) VON TUHR, pp. 206-217.

(27) KORNPROBST, Le contrat des soins, N° 22: «Le contrat médical est, par destin, sinon par nature, le type même de ce qu'on entend par contrat verbal, en ce sens qu'il ne viendrait à personne l'idée de confirmer par écrit un appel téléphonique ou le message adressé à un médecin ni, en se rendant à son cabinet, de ne se faire examiner qu'après échange de signatures ou accord devant témoins».

(28) Certains auteurs considèrent même la forme écrite comme immorale dans le cadre du contrat des soins.

(29) ENGEL, p. 186; VON BUEREN, pp. 109-122; OSER et SCHOENENBERGER, ad. art. 19 et 20.

(30) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 18.

(31) Nous disons un «patient» et non pas un malade, parce que le contrat médical n'implique pas forcément l'existence d'une maladie (prévention sanitaire, visite de contrôle, etc.)

(32) Pour tous les individus n'ayant pas le discernement nécessaire, notamment les mineurs, les interdits, les faibles d'esprit, les personnes ayant perdu connaissance.

(33) SAVATIER, Traité, p. 211; KORNPROBST, Le Contrat de soins, N° 29.

Il y a un élément commun à toutes les conventions relatifes à l'activité d'un médecin auprès de ses malades: ce sont les soins appropriés (34).

Le médecin ne s'engage pas à guérir le malade — ce qui est souvent humainement impossible — ou à obtenir un autre résultat précis (35), mais seulement à donner des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données actuelles de la science (36).

Notre régime juridique est fondé sur le principe de l'autonomie de la volonté. Cette autonomie ne signifie pas seulement la liberté de contracter et le libre choix du cocontractant (comme nous l'avons vu à la section 1), mais également la liberté du contenu du contrat (37). L'art. 19 CO précise que les parties peuvent délimiter librement l'objet du contrat dans les limites à la liberté contractuelle: «La loi n'exclut les conventions des parties que lorsqu'elle édicte une règle de droit strict, ou lorsqu'une dérogation à son texte serait contraire aux mœurs, à l'ordre public ou aux droits attachés à la personnalité (38).»

A) L'ordre public

Par ordre public, on entend les principes, notamment de droit privé, «au maintien duquel la collectivité (Etat ou société) a un intérêt considérable»; ce trait ne peut être reconnu qu'à des valeurs éthiques (39). L'ordre public est «la somme des prescriptions légales édictées dans l'intérêt de la communauté (40)».

En outre, les contrats ayant pour objet un acte illicite sont nuls aux termes de la loi (art. 20 CO) (41).

(34) KORNPROBST, Le Contrat de soins, N° 167.

(35) Ibid., N° 166.

GAUTSCHI, p. 648: «Die Leistungspflicht des Arztes (...) findet ihre obere Grenze am Menschenmöglichen.»

(36) SAVATIER, Traité, pp. 212-213.

Cass. civ. 20 mai 1936.

En France, le contrat médical n'engendre qu'une obligation de moyens.

(37) ENGEL, p. 186.

VON TUHR, p. 218, note 3. La liberté contractuelle est l'aspect de droit civil de la liberté du commerce et de l'industrie garantie par l'art. 31 Constitution fédérale.

(38) CUENDET, pp. 11 et 12; ENGEL, p. 186.

(39) VON TUHR, pp. 219-220; ENGEL, p. 91.

(40) RO 38 I 484 =SJ 1913, p. 705.

RO 88 I 1 =JdT 1962 I 491. Sont d'ordre public, selon le TF, «les prescriptions qui doivent être observées en toutes circonstances parce que reposant sur des considérations de politique sociale et d'éthique dont les parties ne peuvent faire abstraction».

(41) ENGEL, p. 307: «L'acte illicite est un acte ou une omission par quoi une personne viole une injonction générale — commandement ou défense — statuée par l'ordre juridique en vue de protéger les particuliers (...) Un comportement ne peut être considéré comme illicite et fonder une prétention d'indemnité que s'il viole des ordres ou des défenses édictées pour la protection des droits atteints.»

GILLIARD, p. 23. Un acte est illicite «lorsqu'il enfreint des injonctions ou des interdictions écrites ou non écrites de l'ordre juridique établi, destinées à protéger les droits atteints».

PACHE, p. 79. «Un acte est illicite lorsqu'il porte atteinte aux droits d'un individu, soit par un empiètement injustifié dans la sphère des droits, soit par une lésion causée à ses intérêts privés, légalement protégés (RO 30 II 271).»

RO 95 II 93 =JdT 1970 I 300. L'ordre juridique, qui contient la règle protectrice violée, c'est le droit écrit et le droit non écrit, le droit fédéral comme le droit cantonal. L'intégrité corporelle, par

B) Les bonnes mœurs

Le respect et la sauvegarde des bonnes mœurs constituent l'une des limites de l'autonomie de la volonté d'après l'art. 19 al. 2, CO.

Les bonnes mœurs, ce sont les préceptes moraux, « c'est la moralité telle qu'elle est appréhendée par la conscience générale du peuple suisse, hic et nunc (42) ». Pour savoir si un acte blesse les bonnes mœurs, on ne se fondera pas sur l'opinion subjective des parties ou du juge dans les questions de morale (43), mais sur l'opinion statistique et moyenne des personnes justes et raisonnables. Les bonnes mœurs sont une notion relative, qui manque de précision, qui dépend d'une part du temps et du lieu considérés et d'autre part de l'expérience de la vie de chaque individu (44).

C) Les droits de la personnalité (45)

Les art. 27, 28 CCS et 49 CO protègent la liberté et la dignité de l'homme; ils consacrent les droits inaliénables de la personnalité qui embrassent tous les biens essentiels inhérents à la personne, notamment, dans le domaine qui nous occupe, la vie, la santé, l'intégrité corporelle et intellectuelle, la liberté, l'honneur, la sphère personnelle et le domaine intime (vie privée) (46).

« Les intérêts personnels embrassent tout ce qui sert à individualiser une personne et qui est digne de protection vu les besoins des relations entre individus et selon les mœurs, y compris les sentiments intimes (47). »

exemple, est un « bien juridique protégé par des injonctions et interdictions écrites ou non écrites de l'ordre juridique ».

L'injonction peut être statuée par la loi (pénale, civile, administrative), la coutume ou par les principes généraux du droit non écrit (bonne foi, abus de droit, « pacta sunt servanda », etc.) qu'il incombe au juge de dégager ou de formuler (RO 32 II 273 =JdT 1908 I 150).

Cf. également, sur l'acte illicite: RO 30 II 571; RO 41 II 685; RO 47 II 179 =JdT 1921 I 578; RO 55 II 334 =JdT 1930 I 250; RO 56 II 373 =JdT 1931 I 598; RO 75 II 212 =JdT 1950 I 63; RO 82 II 28 =JdT 1956 I 236; RO 88 II 280 =JdT 1963 I 144; RO 90 II 279 =JdT 1965 I 238; RO 94 I 628 =JdT 1970 I 119.

(42) BECKER, art. 19 N° 35-36; OSER et SCHOENENBERGER, art. 20, N° 27-50; VON BUEREN, pp. 114-117.

(43) Les bonnes mœurs sont les notions morales de base, communes à tous les éléments sains de la population et qui équivalent au minimum de morale devant être observé dans la vie sociale, ici et maintenant.

VON TUHR, p. 223: c'est l'opinion moyenne des personnes justes et raisonnables qui décide si l'acte offense les bonnes mœurs.

RO 94 II 5 =JdT 1969 I 61. « Le juge doit donner une appréciation fondée sur les conceptions morales reçues au sein de la population où il siège. »

Voir aussi RO 96 IV 64 =JdT 1970 IV 131; OSER-SCHOENENBERGER, N° 29, ad art. 20 CO; BECKER, N° 70, ad art. 19 CO.

(44) ENGEL, pp. 91-92 qui note que les bonnes mœurs, c'est ce que font les « bonnes gens »: ce n'est ni l'ascèse du saint, ni l'élan du héros.

(45) Voir, entre autres, GROSSEN J.-M., La protection de la personnalité en droit privé (quelques problèmes actuels), Rapport à la SSJ, 1960, dans RDS 1960, 94, p. 1a, 14a-19a; BROSSET G., Protection de la personnalité, FJS N° 1165; EGGER, Personenrecht, Zurich 1930; VON TUHR, pp. 328-329.

(46) ENGEL, pp. 92-93; TUOR, p. 70.

(47) RO 70 II 127 =JdT 1945 I 24.

Un être humain ne peut renoncer à ce qui le constitue comme personne; ainsi, nul ne peut renoncer valablement à son individualité physique, ni accepter la dénaturation ou l'anéantissement de son corps. La renonciation à l'intégrité corporelle n'est licite qu'à des fins curatives ou réparatrices (48).

Section 4. La fin du contrat de soins

A) Le mandat prend fin par l'accomplissement de son objet (49), par exemple, par la guérison du malade. Le contrat médical peut porter sur un acte précis dont l'accomplissement l'achève: une opération, un traitement déterminé, une consultation isolée (50).

En tant que convention, le mandat prend également fin pour les autres causes habituelles d'extinction des contrats (51).

Enfin, le contrat de soins peut être rompu ou suspendu avant son terme normal (52).

En effet, l'art. 404, al. 1, CO prévoit que le « mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps ».

Le mandat, sur ce point, s'écarte des principes généraux concernant les rapports contractuels.

La nature particulière du mandat, le lien de confiance (53) qui doit exister en permanence entre mandataire et mandant, l'importance de l'*intuitus personae* (54) expliquent cette faculté de résiliation. Ainsi, la possibilité de dénoncer unilatéralement, à tout moment, avec effet immédiat, le contrat est un trait essentiel du mandat qui le distingue des autres conventions d'activité (55).

Notons cependant que l'art. 404, al. 2, prévoit que « celle des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit toutefois indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause ».

La résiliation du mandat, droit formateur résolutoire, doit être exercé selon le principe de la bonne foi (art. 2 CCS) (56).

B) Le patient peut, à tout instant, mettre fin au contrat de soins, par sa simple et seule volonté.

(48) ENGEL, p. 93.

(49) Ou à l'expiration du temps fixé par le contrat. Notons cependant que le contrat de soins, conformément à sa nature, a généralement une durée indéterminée.

(50) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 475 et 484; SAVATIER, Traité, p. 271.

(51) Mort d'un des contractants, impossibilité matérielle (maladie, accident) ou juridique (retrait de l'autorisation de pratiquer) pour le médecin, d'exercer son art, etc... Voir KORNPROBST, Le Contrat de soins, N° 475-479 et SAVATIER, Traité, p. 271.

(52) KORNPROBST, Le Contrat de soins, N° 475.

(53) SAVATIER, Traité, p. 213.

(54) Les qualités personnelles et professionnelles du médecin sont au premier rang dans le contrat de soins.

(55) MUSTAFA, p. 39; SCHNETZLER, p. 23; FLATTET, p. 94; GAUTSCHI, pp. 138-140.

(56) Cf. infra notes 62 à 64.

Le patient doit néanmoins payer les honoraires dus pour les soins déjà reçus ou les frais engagés par le médecin et, le cas échéant, indemniser en sus le praticien du préjudice que pourrait entraîner cette rupture de contrat (57) (58).

C) Pour le médecin, en revanche, la situation est plus nuancée. Le médecin qui a commencé à soigner un patient est tenu d'assurer à ce dernier la continuité des soins (59). Selon KORNPROBST (60), il existe une « véritable prise en charge du patient par le praticien qui a accepté de s'en occuper ». Toutefois, le médecin peut également rompre unilatéralement le contrat de soins, comme le patient, mais moins librement que lui (61). En effet, la jurisprudence impose des restrictions à l'exercice de ce droit (62) (63):

1) le médecin ne doit jamais nuire de ce fait à son malade. Il ne doit pas abandonner son patient, sur un désaccord, en cours de traitement, à un moment critique. Il doit donc continuer ses soins aussi longtemps qu'ils seront nécessaires; il ne saurait les interrompre ou les cesser sans engager gravement sa responsabilité.
2) Devant assurer la continuité des soins, il ne doit jamais abandonner son malade sans l'avoir remis en d'autres mains ou avant que ce dernier soit en mesure de le remplacer et sans fournir à cet effet les renseignements utiles.
3) Le médecin doit en outre assurer les soins délicats (64).

(57) MUSTAFA, p. 40; SAVATIER, Traité, pp. 211 ss. et 271; KORNPROBST, Le Contrat de soins, N° 485-486; FLATTET, p. 94.

(58) Selon KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 664, certaines Cours ont même accordé reconventionnellement des dommages-intérêts au médecin défendeur à raison du préjudice qu'avait causé à son honneur professionnel et à sa réputation l'interruption du traitement et surtout l'action introduite en justice en termes injustifiés.

Trib. Civ. Seine, 29 décembre 1910; Cass. req. 18 novembre 1907, D.1908.1.91.

Ce sera le cas du chirurgien révoqué au dernier moment, avant une opération. Le médecin doit cependant prouver le caractère injustifié de la rétractation et le dommage subi (perte de temps, frais exposés, atteinte à la réputation professionnelle quand la révocation a été connue du public).

Voir KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 442 et 443; du même auteur, Le Contrat de soins, N° 398.

(59) BRUNHES, p. 36.

(60) KORNPROBST, Le Contrat de soins, N° 488: Ce devoir dérive de la relation personnelle médecin-malade, fondée sur la confiance mutuelle et la liberté de choix.

(61) Le patient est considéré comme la partie faible.

(62) Ces restrictions sont plutôt une application de la théorie de l'abus de droit qu'une contestation du « droit de rupture » reconnu par les articles du Code sur le mandat (cf. la théorie de Josserand sur l'abus de droit: il y a abus de droit quand le droit est exercé, abusivement, à l'encontre de l'intérêt social).

(63) Sur le principe de dénonciation unilatérale par le médecin et sur les restrictions audit principe, voir notamment:

MUSTAFA, p. 39; THELIN, pp. 47 et 114; BOYER CHAMMARD, p. 153; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 660 et 661; SAVATIER, Traité, pp. 213 et 271; GAUTSCHI, p. 669.

Trib. Seine, 19 décembre 1910, Gaz. Trib. 1911. 1.2.31; Bourges, 3 août 1909, Gaz. Pal. 14 décembre 1909; Pau, 30 juin 1913, D. 1915.2.49; Civ. 12 juin 1923, D. 1926.1.233; Pau, 1er mai 1900, D 1902.2.53 ou S. 1900.2.301.

Art. 7 des « Principes de déontologie médicale » établis par la Chambre des médecins, du 7 juin 1962 (canton de Vaud).

Art. 36 du Code français de déontologie.

D) a) Le médecin peut immédiatement cesser son concours quand le patient refuse d'exécuter ses prescriptions ou ne suit pas ses conseils, particulièrement si la vie dudit patient est alors en danger ; le praticien a lui aussi un motif valable de se retirer (65).

KORNPROBST (66) estime « qu'il y a là une application de ce que le droit commun des contrats synallagmatiques connaît sous le nom d'*exceptio non adimpleti contractus* selon laquelle une des parties n'est tenue à remplir ses obligations (ici donner des soins) que dans la mesure où l'autre partie remplit les siennes (suivre les prescriptions du médecin). A notre avis, le patient n'a pas une véritable obligation, au sens technique du terme, de suivre les prescriptions du praticien ; il s'agit plutôt d'une attitude qui lui incombe s'il veut pouvoir exercer certains de ses droits, notamment obtenir une pleine indemnité au cas où il subirait un dommage.

Non seulement en effet le fait, pour le patient, de ne pas se plier au traitement prescrit par le médecin peut constituer une faute concurrente, mais encore il révèle un manque de confiance qui justifie en principe la répudiation, par le praticien, de son mandat.

En outre, le médecin peut suspendre le contrat médical (donc l'obligation des soins) s'il ne peut obtenir les mesures de prophylaxie et d'hygiène qu'il estime nécessaires (67).

b) Le médecin peut également cesser ses soins quand, à son insu, le patient appelle un autre médecin à son chevet ou si le malade ou son entourage veulent lui imposer un consultant qu'il refuse. Il s'agit-là à l'évidence de manifestations de défiance du patient qui implicitement désavoue son médecin traitant (68).

(64) BRUNHES, p. 36. La jurisprudence a estimé, par exemple, que le chirurgien choisi ne peut, sans le consentement du malade, se faire remplacer pour une opération délicate ou qu'un chirurgien commet une faute en confiant à son assistant non spécialiste les suites post-opératoires d'une intervention délicate.

Paris, 23 novembre 1959, J.C.P. 60.II.469, note Savatier. Cass. Civ., octobre 1963 ; G.P. 1964.I.124.

(65) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 663 ; KORNPROBST, Le Contrat de soins, N° 397 ; BOYER CHAMMARD, p. 137 ; SCHNETZLER, pp. 10 et 23.

Trib. Seine, 4 janvier 1938, D.H. 38, som. 11, J.C.P. 40.II.1438.

(66) KORNPROBST, Le Contrat de soins, N° 397.

SAVATIER, Traité, p. 270. Le contrat médical déroge cependant doublement à cette règle. Pour rompre avec un malade rebelle à la cure, le médecin n'a nul besoin d'une décision judiciaire à la différence des autres contrats que le mandat. En revanche, sa liberté est moins grande que celle d'un autre contractant, car la faute même du malade ne l'autorise pas à abandonner ce dernier sans les soins nécessaires, sauf à le remettre à autrui.

(67) SAVATIER, Traité, p. 271 ; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 664 ; BRUNHES, p. 36.

Voir aussi Trib, civ, Seine, 29 décembre 1910, D. 1911.5.9. : « L'entourage d'une parturiente prétendait imposer à l'obstétricien une auxiliaire inconnue de lui et ne présentant pas, sur le plan de l'hygiène et de l'asepsie, les mêmes garanties que la collaboratrice choisie par lui. »

Art. 31 du Code français de déontologie.

(68) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 399 ; du même auteur, Resp. du médecin, p. 351.

c) Il en va de même du médecin traitant qui préfère ne pas s'associer au traitement ou à la méthode préconisée par le médecin consulté ou le spécialiste et acceptée par le malade (69).

E) Notons encore que dans tous les cas prévus plus haut sous litt. D, le médecin ne peut cesser ses soins que s'il n'y a pas urgence et s'il respecte les restrictions énoncées sous litt. C.

Section 5. Restitution des documents médicaux au malade

A) De quelque manière que prenne fin le contrat de soins, il produit encore un dernier effet: le praticien a l'obligation inconditionnelle de remettre au malade (70) le dossier médical (71) qui comprend tous les documents (72) ayant servi à soigner le patient (73), soit notamment (74):

1) les ordonnances (75);
2) les prescriptions antérieures;
3) les clichés radiographiques;
4) les comptes-rendus d'analyses biologiques ou bactériologiques;
5) les certificats de vaccination;
6) les rapports.

(69) SAVATIER, Traité, p. 217; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 664; BRUNHES, p. 36.

Un chirurgien peut refuser de pratiquer une opération trop aléatoire (amélioration trop peu certaine ou risque élevé pour la vie du patient).

Art. 64 du Code français de déontologie.

Art. 5 des principes de déontologie établis par la Chambre des médecins, le 7 juin 1962: «Le médecin ne peut être tenu d'accomplir un acte médical qu'il réprouve.»

(70) Ou de transmettre au nouveau médecin choisi par le patient son dossier médical.

(71) BRUNHES, p. 36; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 490 et 491.

Cf. aussi ALMERIAS J.-P., Dossiers médicaux et secret professionnel, dans Le Courrier médical, N° 51, 19 décembre 1970.

(72) GAUTSCHI, p. 462; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 491.

Voir aussi SAVATIER, Traité, p. 272: «Le médecin doit donc rendre au malade les radiographies, observations et analyses qui, faites par des tiers, lui avaient été confiées. Ce dernier conservera aussi, comme lui appartenant, toutes les ordonnances du médecin avec qui il rompt. Il pourra exiger, de ce dernier, des certificats attestant, avec les détails nécessaires, les interventions sur lui, notamment les vaccinations.»

(73) La médecine moderne multiplie les fiches, documents et notations concernant le patient.

Il peut s'agir, soit de documents fournis par le malade lui-même, soit de documents établis par le médecin en cours de traitement.

(74) Tous les documents énumérés sous ch. 1 à 6 sont la propriété du malade.

(75) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 491.

SAVATIER, Traité, p. 260: «L'ordonnance est une «ligne de conduite écrite par le médecin pour le malade quant aux mesures curatives à prendre. Signée du médecin, elle est normalement due au malade, nécessaire pour le remboursement par les assurances.

Elle est la propriété du malade qui est toujours en droit de la garder ou de la récupérer pour constituer et conserver son dossier médical». Voir aussi Gaz. Pal. 1er novembre 1955.

B) En outre, le médecin doit aussi restituer toutes les pièces (certificats, attestations) nécessaires au patient pour obtenir le remboursement de ses frais médicaux et pharmaceutiques par les assurances; il doit notamment remplir les formules destinées à cet effet (76).

C) Lorsque le patient rompt le contrat de soins, le médecin n'a aucun droit de rétention sur les pièces du dossier médical, utiles au malade qu'il a soigné et appartenant à ce dernier, afin de garantir le paiement de ses honoraires (77).

D) Enfin, le praticien a l'obligation « de renseigner aussi utilement et complètement que possible le confrère qui le remplacera, notamment par la communication — non la remise matérielle — des fiches personnelles qu'il aura, suivant l'usage, constituées sur son ancien patient (78) ».

E) Toutefois, les fiches médicales (79), l'anamnèse, les notes personnelles du médecin sont la propriété de ce dernier (80) et non du malade; aussi le praticien n'a-t-il pas à les communiquer au patient (81).

(76) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 494.

(77) SAVATIER, Traité, p. 272; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 492.

(78) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 493.

Voir également SAVATIER, Traité, p. 272: « C'est même un devoir pour le médecin qui perd un client de fournir au nouveau médecin de ce dernier, et à la demande de son ex-malade, toutes les indications pouvant guider les soins à venir. Et il ne s'agit pas seulement d'une obligation de conscience. Le médecin qui ne renseignerait pas suffisamment son remplaçant pourrait répondre civilement des conséquences fâcheuses qui en résulteraient à l'égard du malade. A plus forte raison, engagerait-il sa responsabilité en détournant ses confrères de donner leurs soins au malade.

(79) Ces fiches contiennent les observations, les constatations du médecin traitant sur le malade.

(80) Selon les cas, ces fiches peuvent être propriété de l'hôpital. (cf. SAVATIER, Traité, p. 276; Trib. Seine, 5 décembre 1928, Sem. Jur. 1929, p. 316).

(81) GAUTSCHI, p. 462, qui remarque que la pièce opératoire n'est pas propriété du patient!

Voir aussi SAVATIER, Traité, pp. 276 et 279; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 493; Trib. Rennes, 14 janvier 1952, Conc, méd. 1954, N° 38, p. 3461.

Cf. également SAVATIER, op. cit., pp. 245 et 276: « Le médecin ne doit pas toujours toute la vérité au malade même si le secret médical ne lui est pas opposable (...) Le droit du malade à la vérité a pour première limite », ajoute SAVATIER, « sa capacité de la connaître sans dommage majeur. La fragilité de certains malades est telles qu'une révélation brutale du diagnostic peut réellement et sérieusement aggraver leur état.

Enfin le malade peut être intellectuellement inapte à comprendre le diagnostic. Le médecin doit alors se contenter d'indications plus générales. C'est pourquoi le malade ne peut exiger la communication des fiches médicales le concernant. »

Notons que le médecin ne peut non plus être astreint à transmettre ses fiches à un confrère qui serait le nouveau médecin traitant; il doit seulement, le cas échéant, en communiquer le contenu essentiel.

Chapitre III

Le consentement du patient à l'acte médical

Section 1. La liberté corporelle et ses limites

A) Le Tribunal fédéral a souvent affirmé (1) que la liberté individuelle, telle qu'elle est garantie par la plupart des constitutions cantonales (2), protège la liberté corporelle, notamment l'intégrité corporelle (3). Chacun est maître de son corps et a droit au respect de sa personnalité (4). Ainsi, quelle que soit sa maladie, nul n'est tenu, en principe (5), de consulter un médecin, de se faire examiner, soigner ou, d'une manière plus générale, d'accepter un acte médical quelconque, sans avoir à justifier la légitimité de son refus (6).

B) Toutefois, certains auteurs (7), généralement des praticiens éminents, ont revendiqué le droit de guérir le malade, même malgré lui, voire de l'opérer sans son consentement, chaque fois qu'une grave affection impose une prompte

(1) Voir notamment JdT 1963 I 488.

(2) Cf., entre autres, la Constitution vaudoise (art. 4).

(3) SAVATIER, Traité, p. 13; SCHNETZLER, p. 3.

Communication du Dr Pius MULLER au 1er Congrès international de morale médicale, Paris 1955, compte-rendu, p. 177.

(4) JdT 146 I 105.

(5) Hormis le cas d'urgence absolue ou d'absence de discernement. Pour les autres restrictions à la liberté corporelle, voir, infra, notes 11 et 12.

(6) SCHNETZLER, p. 21: «A la mission de guérir qu'est celle de l'art médical, le malade pourra toujours opposer (...) le principe constitutionnel de la liberté individuelle.»

Ibid., pp. 5 et 9.

Voir aussi SAVATIER, Traité, p. 227; KORNPROBST, Le Contrat de soins, N° 109 et 110; BRUNHES, p. 21; DE VILLE DE GOYET, Resp. de l'anesth. en Belgique, p. 15; MAZEAUD, Traité de la Resp. civ., T. II, N° 1493; LAZNIER, Du droit du malade et du blessé au refus d'un traitement ou d'une intervention chirurgicale, p. 80; ABEL, La resp. civ. des médecins, p. 111.

Voir aussi, infra, note 213.

(7) Voir, entre autres, Leonidio RIBEIRO, Le droit de guérir, rapport au 1er Congrès international de morale médicale, Paris 1955, Bull. de l'Ordre des Médecins, 1955, IV, p. 333; du même auteur, Le droit de guérir, Ann. de méd. lég. 1932, p. 618; 1935, p. 76 et une communication au Congrès de droit médical comparé, 1955, Travaux, II, pp. 194 ss; OLLIVIER et PIEDELIEVRE, A propos du droit de guérir, Ann. de méd. lég., 1933, p. 40.

intervention. Le patient, diminué et ignorant, serait à l'évidence, selon ces médecins, incapable de prendre une décision raisonnable concernant sa santé et d'apprécier les conséquences de son refus. Aussi la volonté du chirurgien devrait-elle l'emporter sur celle du malade (8).

Mais doctrine (9) et jurisprudence (10) ont constamment rejeté, à juste titre, cette conception qui traite le malade comme « un être mineur, sans volonté ni raison »; le médecin ne peut disposer lui-même du patient « selon l'appréciation souveraine de sa conscience ».

C) La liberté individuelle peut cependant être restreinte. Le droit de disposer de son corps n'est pas absolu; il n'existe que dans les limites tracées par l'ordre public et les bonnes mœurs (11). La restriction doit néanmoins reposer sur une base légale et « ne pas revenir à supprimer la liberté individuelle ou à la vider de sa substance (12) ».

Section 2. Nécessité et fondement du consentement du patient

A) La doctrine et la jurisprudence ont depuis longtemps affirmé qu'avant d'entreprendre un traitement ou de pratiquer une opération, le médecin devait,

(8) Prof. Jean-Louis FAURES, L'âme du chirurgien, 1921, pp. 12 et 13: « Souvent l'opération s'impose avec une sorte d'évidence (...) Tel est le cas si connu, mais en même temps si grave, de l'hernie étranglée. Non seulement l'opération est nécessaire, mais elle doit être immédiate; une hésitation, un retard de quelques heures et ce sera la mort. L'hésitation n'est pas permise et le retard est sans excuse. Je pense que le chirurgien a le droit d'opérer toujours, même contre la volonté du malade. Je le pense et je l'ai fait! »

La remarque du Prof. FAURES vaudrait également pour la trachéotomie pratiquée en cas de croup, pour l'appendicectomie en cas de crise aiguë, etc...

(9) LOEFFLER, p. 14, note 28b: « M.E. lässt sich aus STGB Art. 32 kein ärztliches Berufsrecht zu Eingriffen, mögen sie medizinisch noch so sehr indiziert sein, gegen den Willen des Patienten ableiten. So auch die herrschende Lehre. »

Voir aussi SAVATIER, Traité, pp. 22 et 219; du même auteur, Impérialisme médical sur le terrain du droit, D., 1952, Chron. p. 157; MALHERBE, pp. 118-120; LAZNIER, op. cit., p. 26; ABEL, op. cit., p. 113; LOMBARD, p. 162; ENGISCH Karl, Aerztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, Ztschr. f. Strafrechtwissenschaft, 1938, 57, 1-57, cité par THELIN, op. cit., p. 47.

(10) Voir notamment Cour de Cass., 20 mai 1951, D. 1952.363; Cour d'Appel de Paris, 7 mars 1952, D. 1952.367; Cour d'Appel de Lyon, 17 mars 1952, D. 1953.253; cf. aussi la jurisprudence citée par SAVATIER, Traité, p. 219, note 22.

(11) RO 38 II 239; JT 1931 I 162, note de THILO.

(12) SCHNETZLER, p. 3. L'auteur cite quelques exemples:

a) la prise de sang qui peut être imposée, selon l'art. 55, al. 1, LCR, aux conducteurs dont il y a tout lieu de croire qu'ils sont pris de boisson.

b) La vaccination obligatoire des enfants contre la variole et la diphtérie (art. 115 ss. de la loi vaudoise du 9 décembre 1952 sur l'organisation sanitaire).

LOEFFLER, p. 14, note 33.

Cf. RO 89 I 98 et 99; RO 90 I 36 et 37; RO 91 I 34;

Voir également KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 277-350 et SAVATIER, Traité, pp. 19, 255, 259.

En résumé, la liberté corporelle est limitée chaque fois que la collectivité serait menacée par le refus du malade d'accepter l'acte médical nécessaire (médecine préventive, police sanitaire, maladies contagieuses, enquête pénale, etc.) Une disposition légale remplace le consentement.

hors le cas de nécessité et d'urgence absolues (13), obtenir le consentement du malade; ce consentement doit être en outre *« libre et éclairé »* (14).

B) La nécessité de ce consentement trouve d'abord son fondement dans le principe de la liberté corporelle (15) et dans l'existence d'un risque inhérent à tout acte médical (16), risque que seul le patient peut assumer (17).

« La notion du consentement du malade à l'acte médical constitue une limite juridique à l'action du médecin (18) », action dont l'étendue, sur le plan technique et psychologique, est considérable (19). Ainsi la règle du consentement du patient et le principe du libre-choix du médecin par le malade répondent surtout, à l'heure actuelle, à la nécessité pratique de protéger le patient contre les pouvoirs accrus de l'homme de l'art, conséquence des progrès de la médecine (20), contre l'acharnement thérapeutique (21), contre l'expérimentation et parfois contre l'imprudence ou l'incompétence de certains praticiens. Il est en effet normal que ces pouvoirs étendus ne soient pas laissés au seul arbitraire du médecin. Ainsi, si l'égalité de fait a disparu entre médecin et malade, l'égalité de droit subsiste (22).

C) Cependant, la volonté du malade n'est pas souveraine; le consentement libre et éclairé du patient, fût-il écrit (23), ne justifie pas forcément, à lui seul —

(13) Artère fémorale qui saigne, par exemple.

(14) LOEFFLER, p. 96; SCHNETZLER, p. 14.

Le TF (JdT 1946 I 105) parle de consentement « conscient et adéquat ».

SAVATIER, Traité, p. 291; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 110; du même auteur, Resp. du médecin, p. 131; KOHLHAAS, p. 515; BOUDIN, Du consentement nécessaire à une opération chirurgicale, Conc. méd. 1926, p. 1223 ss; POMMEROL, p. 31 qui cite une jurisprudence très ancienne.

Cass. 29 mai 1951, D. 1952.53, note R. SAVATIER; Cass. 8 mai 1955; Cass. 8 novembre 1955; Trib. civ. de Nice, 16 janvier 1954, D. 1954.173; Cour d'Appel de Lyon, 7 novembre 1952, D. 1953.253; Cour d'appel de Bruxelles, 21 juin 1967, J.T., 1968, pp. 27 et 28.

1er Congrès international de morale médicale, Paris 1955:

a) Rapport de VIDAL et CARLOTTI, Travaux, I, pp. 75 ss;

b) GAUDART d'ALLAINES, DE VERNEJOUL, DAVID et LORTAT-JACOB, Rapport, Travaux, I, pp. 130 ss.;

c) COUVELAIRE, Communication, Travaux, II, pp. 55 ss.

XVIe Colloque de Médecine de France. « La responsabilité du chirurgien », p. 22: Il n'est pas toujours possible d'obtenir le consentement du patient en traumatologie.

(15) Cf., supra, notes 1 à 4.

(16) BRUNHES, p. 5; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 119.

« La responsabilité du praticien », Le Monde, 31 octobre 1972, p. 32.

(17) Cour d'Appel, Aix, 23 février 1949, J.C.P. 1949.5025.

(18) DEBRAY, p. 172.

(19) Ibid., p. 204.

(20) Ibid., pp. 172 et 204; SAVATIER, Traité, pp. 23 et 291.

(21) BRUNHES, p. 206.

(22) SAVATIER, Traité, pp. 22 et 23: l'auteur précise, avec raison, que « l'homme qui devient maître d'un autre homme, fût-il idéalement pénétré du ministère qu'il exerce, s'ouvre à de graves tentations. Chez le médecin, cette tentation est de considérer le malade comme juridiquement inférieur, parce qu'il est biologiquement le plus faible ».

(23) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 229; du même auteur, Resp. du médecin, p. 437.

Cf. infra, note 226.

même s'il est indispensable — l'atteinte portée à l'intégrité corporelle et il ne dégage pas la responsabilité du médecin (24).

Ainsi le praticien, même s'il ne cède qu'aux prières instantes ou aux ordres du patient, s'expose à des poursuites pénales (25) ou à une demande d'indemnité de la part du patient — dont parfois l'opinion peut avoir évolué par la suite — ou de ceux qui auraient perdu leur soutien, si l'acte médical (26) pratiqué:

— est contraire à l'ordre public ou heurte les bonnes mœurs (le consentement du patient est alors nul selon l'art. 20 CO) (27);
— ne présente pas un intérêt légitime, un but thérapeutique raisonnable (28);
— fait courir au patient un risque notoirement disproportionné aux avantages qu'il peut escompter (29).

D) Enfin le consentement du patient ne saurait dégager la responsabilité civile du médecin imprudent, négligent ou maladroit, qui commet une faute contre les

(24) THILO, p. 13; GAUTSCHI, p. 327; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 120; SAVATIER, Traité, p. 248; MAZEAUD, Traité de la Resp. civ., N° 1496, 1498, 1493.; DOLL, pp. 83-88; MALHERBE, pp. 111, 233-236.

Angers, 4 mars 1947, D. 1948.298 (note SAVATIER).

Il faut remarquer que dans le domaine médical, l'adage «volenti non fit injuria» n'est pas toujours valable.

Cf., infra, notes 220 et 223.

(25) THELIN, p. 48; THILO, p. 13.

(26) Nous tenterons de définir dans la quatrième partie de la thèse les diverses conditions que doit remplir un acte médical pour être normal, donc licite.

(27) Von TUHR, p. 333, ch. 3; ENGEL, p. 332.

LOEFFLER, p. 15: Selon l'auteur, il s'agit des biens juridiques auxquels une personne ne peut renoncer, tels le fœtus (par l'avortement) ou la faculté de procréer (stérilisation), par exemple.

DE VILLE DE GOYET, Resp. de l'anesth. en Belgique, p. 6: «Le consentement à l'expérimentation est nul.»

Voir également DOLL, p. 84; SAVATIER, Traité, p. 289; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 233; du même auteur, Resp. du médecin, p. 145; KOHLHAAS, p. 525, ch. 2; MAGNOL, Revue de science criminelle, 1937, p. 680.

Lyon, 27 juin 1913, D. 1914.2.73.

(28) GAUTSCHI, p. 202, qui note que «der Chirurg soll nicht zwecklos handeln».

LOEFFLER, p. 14, note 31; SAVATIER, Traité, pp. 249-250 (expérimentation); DOLL, p. 84.

Cass. Crim., 1er juillet 1937, D.H. 1937.357: il s'agissait de vasectomies (stérilisation masculine) de complaisance pratiquées sans indication médicale.

Cass. Crim., 9 novembre 1961, J.C.P. 1962.2.12777, (note SAVATIER).

Concernant la chirurgie esthétique, voir notamment Cour de Paris, 13 janvier 1959, D. 1959.26; Cour de Paris, 20 juin 1960, Gaz.Pal., octobre 1960; Cour de Paris, 5 juin 1962, J.C.P. 1962.2.12089.

(29) Le principe de la proportionnalité est un des principes essentiels de la responsabilité médicale et de l'acte médical normal et licite que nous étudierons dans la 4e partie de notre ouvrage.

Cf. THELIN, p. 51; MALHERBE, p. 114, note 8; BRUNHES, pp. 40, 43, 80, 87; DOLL, p. 84; SAVATIER, Traité, p. 248; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 249, 250 et 337;

Voir également R. SAVATIER, Sécurité humaine et responsabilité civile du médecin, D. 1967.35; J. SAVATIER, Les greffes devant le droit, dans cahiers Laënnec, mars 1966, p. 28; Prof. HAMBURGER, Rapport au 2ème Congrès de Morale médicale, T.I, pp. 290 ss.;

Paris, 22 janvier 1913, D. 1919.2.97 confirmé par Cass. civ. 29 novembre 1920, Gaz.Pal. 1921.1.68; Trib. Seine, 25 février 1929, Gaz.Pal. 1929.1.424; Cour d'Appel, Paris, 12 mars 1931, D. 1931.2.141; Lyon, 12 mai 1935, D.H. 1936.465; Lyon, 27 mai 1936, Gaz.Pal. 1936.2.248; Paris, 13 janvier 1959, D. 1952.26 et J.C.P. 1959. II.11141 (note R. SAVATIER); Paris, 20 juin 1960, Gaz.Pal. oct. 1960; Trib. gd. Inst., Lille, 5 octobre 1962.

règles de l'art ou fait preuve de manque de conscience professionnelle (30). En effet, comme le remarque KORNPROBST (31), le consentement du malade ne couvre « que les risques inhérents à l'acte médical normal, sainement accompli et non la violation de règles de la profession ou de la technique établie ». L'ignorance du malade ne saurait justifier l'ignorance du médecin ou son imprudence (32).

Section 3. Les phases du consentement (33)

A) Sur le plan juridique comme sur le plan pratique, il y a deux phases essentielles (34) dans le contrat de soins médicaux:

1) La consultation (35) qui est l'acte par lequel le patient choisit librement (36) son médecin et « manifeste d'une manière générale sa volonté d'être examiné et, éventuellement, traité » (37).

(30) THELIN, p. 48.

GAUTSCHI, p. 327: « Die (oft stillschweigende) Zustimmung des nicht sachverständigen Klienten oder Patienten befreit den Anwalt oder Arzt nicht von der Haftung. »

RO 62 II 276: Le médecin ne doit en aucune façon se laisser influencer par les répugnances ou les vœux du patient. Même si c'est par complaisance envers son malade qu'un praticien a appliqué un traitement inapproprié, sa responsabilité n'est pas dégagée.

« Les conseils, les ordres même du patient ne dispensent pas le médecin de procéder selon les règles de l'art. »

BOYER CHAMMARD, p. 167:

« Commet une faute professionnelle le médecin qui, estimant qu'un examen radiographique est nécessaire, néglige d'y procéder sous le prétexte que le malade s'y refuse. »

DOLL, p. 84; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 229; du même auteur, Resp. du médecin, p. 347; Cass. crim. 1er juillet 1936, s. 1938.1.193.

(31) Resp. du médecin, pp. 438-439 et, Le contrat de soins, N° 230;

dans le même sens, voir aussi KOHLHAAS, p. 525, ch. 3.

(32) THELIN, p. 48.

(33) Nous renvoyons le lecteur à la section 4 du même chapitre où nous montrerons de manière plus approfondie que le consentement est conçu comme une précision progressive apportée au contrat de soins initial. En effet le devoir d'information du médecin procède du contrat initial, l'information donnée par le praticien sur la nature de l'affection et le traitement envisagé, et l'acceptation du traitement par le patient, viennent préciser et compléter le contrat initial.

(34) THELIN, p. 39; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 113.

(35) Le contrat de soins prend naissance, généralement tacitement, au cours de la première consultation. Cf. infra, note 38.

(36) Principes de déontologie médicale établis par la Chambre (vaudoise) des médecins, le 7 juin 1962, art. 3: « Le malade a le droit de choisir librement son médecin ».

Voir également, sur le principe du libre choix du praticien par le patient, KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 110; SAVATIER, pp. 211, 235-238; MALHERBE, pp. 117-120; LOMBARD, p. 162.

(37) THELIN, p. 39.

KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 111, parle, d'une part, de l'exercice d'une *faculté d'élection* (choix d'un médecin déterminé) et, d'autre part, de *la conscience d'une nécessité* (se faire examiner au cours d'une consultation).

2) Le consentement (38) du patient — ou de ses représentants (39) — à l'acte médical (traitement, opération, investigation) préconisé par le praticien (40).

B) La doctrine et la jurisprudence françaises admettent, en général (41), qu'en se confiant à un médecin et en adhérant au contrat de soins lors de la consultation, le patient ne donne pas au praticien, une fois pour toutes, le droit d'agir comme il l'entend, même pour son bien, ni celui de décider à sa place des actes médicaux exploratoires ou chirurgicaux à entreprendre (42). En d'autres termes, le malade ne donne pas à son médecin un blanc-seing permanent, même pour l'ensemble d'un traitement déterminé; il doit pouvoir, au contraire, «à tous les stades de ce traitement, remettre en cause, soit la façon dont il est soigné, soit le choix de son médecin. Toute extension ou modification du traitement doit également recevoir son approbation (43)».

Pour sa part, SAVATIER (44) estime que le patient ne renonce pas, après la première consultation, à son libre-arbitre. Il n'appartient pas au médecin, qui serait investi d'une sorte de tutelle, de décider, à la place du malade, sans l'associer spécialement à cette décision, quels sont les actes médicaux nécessaires.

Enfin, THELIN (45), dans une formule heureuse, affirme que «le consentement au traitement n'est pas la conséquence implicite de la consultation solli-

(38) Le consentement à tout acte médical concerne l'exécution et non pas la conclusion du contrat de soins. Cf. supra, note 33.

(39) Voir, infra, la séction 5 du même chapitre.

(40) THELIN, p. 39.

(41) La tendance de certains médecins est cependant de souhaiter une confiance inconditionnelle du patient. Le praticien, selon eux, devrait exercer un pouvoir presque discrétionnaire dans l'intérêt même du malade considéré comme un être mineur, trop diminué physiquement et psychiquement pour prendre une décision saine et raisonnable. Telle est, notamment, l'avis du Professeur PORTES qui considère implicitement le contrat médical comme une sorte de contrat d'adhésion (cf. Louis PORTES, A la recherche d'une éthique médicale, Paris, Masson, 1954).

R. SAVATIER, dans «Au Confluent de deux humanismes: Entente et mésentente entre médecins et juristes», dans Concours médical, 7 janvier 1956, p. 61 et dans «Impérialisme médical sur le terrain du droit», Chron., D. 1952, p. 157, a vivement réagi contre cette conception qu'il considère «paternaliste», dépassée et archaïque.

(42) BOYER CHAMMARD, p. 144.

(43) LOMBARD, p. 166.

Cass. civ., 8 novembre 1955, J.C.P. 1955 II 9014, note R. SAVATIER: La violation la plus redoutable de la liberté du consentement du malade est probablement celle qui intervient, non pas initialement, mais au cours du traitement; le médecin la commet si, allant trop loin dans la voie ouverte par l'ancienne tendance du Code de déontologie, il substitue systématiquement ses décisions à celles du patient.

SCHNETZLER, p. 11: Lors de son entrée à l'hôpital, le patient (ou son représentant légal) signe une demande d'admission par laquelle il accepte implicitement, dès l'instant où il sollicite son admission, de se voir appliquer les traitements médicaux destinés à l'amélioration de son état pathologique ou à sa guérison. Le malade reste néanmoins libre, en principe, de ne pas consentir à l'application de tel ou tel traitement, quitte à ce qu'alors l'établissement mette fin au rapport de droit.

SAVATIER, Traité, p. 227: «On a dénoncé à bon droit, à ce sujet, l'exigence que mettraient certains médecins de cliniques ou d'hôpitaux à l'admission d'un malade, en lui imposant la signature préalable d'une déclaration acceptant d'avance les décisions que ces médecins prendraient pour lui pendant son traitement ou son séjour à la clinique ou à l'hôpital. Une telle signature n'engage en rien le malade. Bien au contraire, elle aggrave singulièrement la responsabilité du médecin qui l'aurait exigée.»

(44) SAVATIER, Traité, p. 224.

(45) THELIN, p. 39.

citée, mais bien l'effet d'une volonté, particulière, indépendante de celle qui détermine la consultation ; le patient attend des propositions thérapeutiques qu'il entend pouvoir accepter ou refuser. La soumission aux propositions du médecin n'a rien d'inconditionnel ».

C) Tout traitement suppose généralement une succession d'actes médicaux ; or, le consentement originel à une consultation n'impliquant pas en principe, comme nous l'avons vu, l'adhésion ultérieure à chacun des moyens appliqués à la réalisation du traitement (46), il faudrait donc théoriquement une acceptation répétée du patient (une autorisation spéciale renouvelant le consentement initial général), à chaque étape du processus thérapeutique, pour tout acte médical.

Toutefois, pour des raisons pratiques et afin de ne pas compliquer la tâche déjà si délicate du médecin, tribunaux et auteurs partent, à juste titre, de l'idée que « l'adhésion au traitement est déjà exprimée, mais seulement dans une certaine mesure, par le fait de venir ou de revenir consulter (47) ». Ainsi, selon la doctrine dominante (48), la conclusion du contrat de soins comporte implicitement « l'accord anticipé » du malade aux actes médicaux du médecin traitant :

1) courants ;
2) ne présentant pas de risques particuliers ;
3) nécessaires et utiles (indication sérieuse) ;
4) n'impliquant pas une atteinte importante, durable ou définitive (mutilation) à l'intégrité corporelle du patient.

Pour ces actes courants, le médecin n'est pas astreint à solliciter le consentement préalable exprès du patient ; ce consentement est présumé, tacite, lorsque le patient n'y apporte pas d'opposition formelle (49).

En revanche, la doctrine est plus rigoureuse (50) chaque fois qu'il s'agit d'un examen ou d'un traitement (notamment d'une opération) important, d'un type moins « classique », exposant le malade à un certain danger et comportant une atteinte durable à l'intégrité corporelle du malade ; hormis le cas d'urgence absolue, le praticien doit alors solliciter le consentement *exprès* du patient.

(46) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 428.
(47) DEBRAY, p. 234.
(48) JdT 1946 I 105, note de THILO.
KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 237. L'auteur relève que le principe du consentement nécessaire à tout acte médical ne peut se transformer en un « contrôle de l'activité scientifique du médecin » par le patient.
SAVATIER, Traité, pp. 224 et 269, précise que le médecin est même autorisé, dans certaines limites étroites, à « exercer une certaine pression » sur le patient pour ces actes médicaux courants.
Voir aussi BRUNHES, p. 37 ; MALHERBE, pp. 13 et 14 ; BOYER CHAMMARD, pp. 144 et 145 ; PHARAON, pp. 1 et 7.
(49) THILO, note au JdT 1946 I 105 ; SAVATIER, Traité, p. 224.
(50) DEBRAY, p. 235 : Dans ce cas, « le médecin doit consacrer plus d'efforts, d'attention et d'explications pour rechercher le consentement du malade ».

Section 4. L'information du patient

A) Le consentement du patient doit être éclairé.

Nous avons vu plus haut (51) qu'un traitement ou une opération ne pouvaient, d'une manière générale, être pratiqués par l'homme de l'art que si le patient avait donné son consentement préalable.

Le consentement du malade ne serait cependant qu'une simple formalité vide de sens s'il n'était donné « en toute connaissance de cause ». Il doit s'agir, selon la doctrine et la jurisprudence, d'un acquiescement « réfléchi, raisonné, averti et lucide » (52), ou, comme le dit SCHNETZLER (53), « conscient et adéquat ».

Le patient doit donc avoir une connaissance et une compréhension suffisantes de la question pour pouvoir prendre une décision motivée et choisir valablement s'il veut se soumettre ou non à un traitement déterminé (54). C'est ainsi que la doctrine et la jurisprudence parlent d'un consentement « *éclairé* » (55). Le patient étant le plus souvent dépourvu de toute connaissance médicale

(51) Cf., supra, section 2.

(52) LOEFFLER, p. 96; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 207; J. SAVATIER, La profession libérale, p. 280; ABEL, p. 114; JOUBREL, p. 133; ARRIGHI DE CASANOVA, p. 158.

(53) P. 16.

(54) DOLL, p. 70.

(55) GAUTSCHI, p. 331. Il existe un ample devoir d'information (Aufklärungspflicht) pour que le patient puisse décider en connaissance de cause si, et à quel traitement, il veut se soumettre.

L'auteur cite un article contenant des principes identiques pour l'avocat, dans SJZ 57 (1961), N° 18, p. 81.

LOEFFLER, pp. 96 ss.; SCHNETZLER, pp. 16-17; KORNPROBST, Resp, du médecin, p. 359; du même auteur, Le contrat de soins, N° 206; BOYER CHAMMARD, pp. 133-134.

Trib. Seine, 16 mai 1935, D. 1936.2.9 (note Desbois); Cass. req. 28 janvier 1942, Gaz.Pal. 1942.1.177; Cour d'Appel, Lyon, 17 novembre 1952, J.C.P. 53.2.7541 (note R. SAVATIER); Trib. Nice, 16 janvier 1954, D. 1954.178; Civ. 8 novembre 1955, J.C.P. 1955.2.9014 (note R. SAVATIER); Cour d'Appel de Bruxelles, 21 juin 1967, J.T., 1968, pp. 27-28.

(56) PHARAON, p. 5.

(57) ENGEL, pp. 135 et 136: « Informer l'autre partie dans une certaine mesure, sur les circonstances propres à influencer sa décision de conclure le contrat et de le conclure à certaines conditions (...) Assurément, le devoir d'information, ne concerne pas les circonstances que l'autre partie est censée connaître elle-même (...) Il n'existe pas un devoirr général de la renseigner sur tous les éléments essentiels du contrat (RO 92 II 328 ss=JdT 1968 I 34. 38 et 39).

Le devoir d'information sera moins large si les deux partenaires sont sur un pied d'égalité technique, exercent la même profession, pratiquent la même spécialité. Le devoir d'information sera moins restreint si l'une des parties est dotée de connaissances ou d'expériences qui jouent un rôle dans la décision à prendre (contrats comportant des prestations techniques d'un spécialiste en faveur d'un profane, tel un chirurgien en faveur d'un patient). Les contrats fondés sur des rapports personnels de confiance plus ou moins durables (mandat, p. ex.) nécessitent des renseignements et des éclaircissements assez ouverts, intuitu personae. »

KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 206.

Cour d'Appel, Lyon, 17 novembre 1952, D.H. 1953.253: « L'obligation faite au médecin d'obtenir un consentement valable a pour corollaire celle d'informer le patient. »

DEBRAY, pp. 217, 218 et 233. L'auteur estime que le refus d'information est une position indéfendable pour le corps médical; il note cependant qu'il existe deux écoles en matière d'information: l'une veut limiter au minimum les explications à fournir au patient tandis que l'autre préconise une information étendue du patient.

sérieuse (56), le médecin doit donc l'informer (57). Il s'agit là d'une obligation morale autant que juridique (58). Si le consentement du patient n'est pas éclairé, il est entaché d'erreur, donc nul (59) et la responsabilité du médecin défaillant se trouve engagée (60).

B) Objet et contenu de l'information

Selon la doctrine et la jurisprudence, l'information du patient doit essentiellement porter sur les éléments suivants (61):

1) **la nature de la maladie**: il faut éclairer le patient sur son état et lui communiquer le diagnostic, c'est-à-dire «décrire, expliquer et présenter» l'affection dont il est atteint (62);

2) **la nature du traitement** préconisé et ses répercussions possibles (notamment les mutilations définitives) (63);

(58) BOYER CHAMMARD, pp. 133-134.

(59) Ou, pour être plus précis, annulable.

(60) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 359.

LOEFFLER, p. 96: «(...) kann der Arzt auch wegen schuldhafter Verletzung der ihm obliegenden Aufklärungspflicht belangt werden.»; puis, plus loin, p. 97: «Mit andern Worten, hat der Arzt erkannt oder hätte er erkennen müssen (wenn er seiner Aufklärungspflicht nachgekommen wäre), dass die Einwilligung des Kranken zu einer ihm vom Ärzte vorgeschlagenen Behandlung auf Grund unrichtiger Vorstellungen des Kranken (z.B. über die Gefährlichkeit des Eingriffs) gegeben worden ist, so muss diese Einwilligung als rechtlich nicht erfolgt betrachtet werden. Rechtlich gesehen liegt die gleiche Situation vor, wie wenn überhaupt keine Einwilligung gegeben worden wäre, d.h. aber, auch der sachgemäss vorgenommene Eingriff ist in solchen Fällen vertrags- und rechtswidrig und zugleich schuldhaft, woraus sich eine Haftung des Arztes für solche Schäden ergibt, die bei völlig kunstgerechter Behandlung entstehen können und für die er also sonst nicht haftet.

Wie wir eben festgestellt haben, ergibt sich also eine Aufklärungspflicht des Arztes überall dort, wo er Zweifel haben muss an der Fehlerlosigkeit der Einwillung des Patienten.»

(61) R. SAVATIER, La Resp. médicale, p. 13.

Cass. Civ., 14 avril 1961; Lyon, 6 novembre 1961, D. 1962, somm. 55.

On doit, en somme, présenter au patient la maladie, les moyens de la combattre, les risques que comporte le recours à ces moyens ou l'abstention.

(62) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 206; KOHLHAAS, p. 515.

DEBRAY, p. 218.

Ibid., pp. 228-233: L'auteur insiste sur l'importance de présenter au patient sa maladie, spécialement quand il s'agit d'affections chroniques (diabète, insuffisance rénale, maladie cardiaque, etc.) entraînant des incapacités de travail prolongées, impliquant un nouveau mode de vie ou une réadaptation fonctionnelle, psychique (mammectomie) et professionnelle, chaque fois que le médecin doit faire appel à toutes les ressources psychiques ou à la force morale du patient et réclamer du malade des efforts ou des sacrifices importants.

Le comportement du patient dans la maladie, ajoute DEBRAY, dépendra, pour une bonne part, de la qualité de cette information; son consentement à l'acte médical aussi.

(63) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 144.

SAVATIER, Traité, p. 291; dans le même ouvrage, l'auteur (p. 273, note 4) estime à bon droit que le médecin ne saurait invoquer le secret professionnel pour refuser d'instruire ultérieurement l'opéré sur l'intervention chirurgicale qu'il a pratiquée.

BOYER CHAMMARD, p. 146.

3) **la nature** et **la gravité des risques** que comportent, soit le traitement préconisé par le médecin, soit l'abstention thérapeutique (64);
4) le cas échéant, la **durée** des soins, leur **coût**, leur aspect douloureux et les complications post-opératoires éventuelles (65).

C) La nature et l'étendue de l'information

a) *Généralités*

« La jurisprudence a déterminé généralement avec mesure et compréhension les limites du devoir d'informer le patient (...) soit qu'elle ait retenu l'obligation dans son intégralité soit qu'elle l'ait restreinte ou supprimée (66). »

Certes, il ne saurait, en cette matière, y avoir de règles absolues; la solution est avant tout fonction du cas d'espèce, des circonstances et le juge doit tenir compte des données de chaque situation particulière (67).

On peut cependant, en examinant les critères retenus par la doctrine et la jurisprudence, tirer quelques règles générales concernant l'étendue et la nature de l'information. Nous verrons qu'elle varie selon l'importance du risque que court le malade, selon la nature du traitement ou de l'opération (68) (son utilité, la valeur de l'indication, le degré d'urgence) et selon la personnalité du patient (force morale, niveau de culture et d'intelligence, âge, etc...).

b) *Quel genre de risques le médecin doit-il révéler au patient ?*

Selon la jurisprudence (69), le praticien doit indiquer au patient les avantages et les inconvénients du traitement ou de l'opération envisagés ainsi que les risques qu'il court, hormis le cas d'urgence absolue et celui où l'intérêt même du malade s'oppose à une telle révélation.

(64) THELIN, p. 44; LOEFFLER, p. 96; MALHERBE, p. 114; DOLL, p. 70; BOYER CHAMMARD, p. 150.

Cour d'Appel, Aix, 23 février 1949, J.C.P. 1949.5025.

Cour d'Appel, Lyon, 17 novembre 1952, D. 1953.253.

KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 235 et 358 (cf. notamment les arrêts cités par l'auteur aux notes 20 et 25); du même auteur, Le contrat de soins, N° 206 et 207. KORNPROBST relève justement que le patient, seul maître de son corps et de sa décision, reste seul juge du risque à courir.

Notons enfin qu'il est peut-être plus difficile encore de décrire le risque que court le patient en ne se soumettant pas à une opération que le danger inhérent à l'opération.

(65) THELIN, p. 44; SAVATIER, Traité, p. 243; KOHLHAAS, p. 515; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 360 et 361.

(66) BOYER CHAMMARD, p. 135.

KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 213, relève que « les tribunaux vont finalement assez loin dans leurs exigences d'informations ». Le même auteur (Resp. du médecin, p. 236) note encore que la responsabilité du médecin, concernant l'information, ne cesse de s'étendre.

(67) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 353, 354 et 359.

(68) BOYER CHAMMARD, p. 146.

(69) Cour d'Appel, Lyon, 6 novembre 1961, D. 1962, Somm. 55; Cass. civ. 14 avril 1961, Rev. Dr. civ. 1961-678 (observ. TUNC).

Le médecin doit également faire connaître au patient les risques d'une exploration à but diagnostique.

Quels sont les risques que le médecin doit signaler au patient? Les tribunaux sont parfois allés trop loin dans leurs exigences d'information.

Ainsi, le 17 novembre 1952 (70), la Cour de Lyon a rendu un arrêt très rigoureux. Les faits étaient les suivants: Une femme, soignée depuis plusieurs années pour dépression nerveuse, se présente, le 21 mai 1949, accompagnée de sa mère, dans le service de neuropsychiatrie d'un hôpital lyonnais, à la consultation du docteur B... Le praticien préconise un traitement par électrochocs que la patiente accepte alors que sa mère ne dit mot. Au cours d'une première séance qui eut lieu le même jour, la patiente subit une fracture des deux têtes humérales. Reprochant au médecin de ne pas l'avoir suffisamment informée des risques du traitement, la malade ouvre action devant le Tribunal civil de Lyon qui rejeta sa demande (71), mais la Cour d'Appel de Lyon réforma le jugement et condamna le médecin à indemniser la malade.

L'électrochoc est une thérapeutique relativement courante, mais elle n'est pas dépourvue de dangers (72). La Cour d'Appel de Lyon a notamment fondé sa décision sur les considérants de droit suivant:

> «Attendu, en droit, qu'avant d'entreprendre un traitement ou de procéder à une opération chirurgicale, le médecin est tenu, hors le cas de nécessité, d'obtenir le consentement libre et éclairé du malade, ou, dans le cas où il serait hors d'état de le donner, celui des personnes qui sont investies à son égard d'une autorité légale et que leurs liens de parenté avec lui désignent comme des protecteurs naturels; que cette obligation a pour corollaire celle de renseigner le malade sur les risques que comporte le traitement ou l'opération conseillée, et que *le médecin n'est dispensé de signaler que ceux dont la réalisation est si improbable qu'ils peuvent être négligés.* »
>
> .....
>
> «que, si l'électro-choc, qui consiste à provoquer une crise convulsive en faisant passer un courant (électrique) dans la boîte crânienne, est devenu, depuis son introduction en France en 1941, un moyen thérapeutique d'usage courant dans le traitement de certaines affections nerveuses, il n'en occasionne pas moins des accidents ostéo-articulaires et des accidents psychiques fréquents; que s'ils sont en général, soit en eux-mêmes, soit comparativement aux résultats curatifs obtenus, sans gravité réelle, il en est autrement dans certains cas exceptionnels, dont la mort n'est pas exclue; que spécialement, la rareté relative des fractures ne les rend pas imprévisibles et n'autorise pas le médecin à dissimuler au malade leur éventualité.»

(70) Cour d'Appel, Lyon, 17 novembre 1952, D. 1952.253.

(71) Trib. civ., Lyon, 12 janvier 1951, D. 1951.323.

(72) Cf., KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 365 (ainsi qu'une importante biographie d'auteurs médicaux cités à la note 43). L'éminent jurisconsulte remarque notamment que «les risques sont de plusieurs sortes; il y a les accidents de fracture et de luxation inhérents à la thérapeutique elle-même et il y a les suites sur le plan des facultés intellectuelles comme la mémoire, l'aptitude à réfléchir et à penser. Il est relativement facile d'exposer les premières; les secondes, moins connues, d'ailleurs, et moins constantes, sont plus scabreuses à préciser, s'agissant de malades généralement craintifs, quand ils sont en mesure de comprendre et de consentir eux-mêmes ou alors, et à l'inverse, d'entourages excédés de l'humeur sombre, violente, bizarre, inconstante ou vicieuse de personnes qui apportent, au sein de leur famille, trouble, confusion et bouleversement. Et cependant il faut bien trouver une solution».

En outre, selon la Cour, aucun indice ne démontrait l'urgence ; l'avis d'une malade agitée et anxieuse, pressée d'être soignée, ne peut être pris en considération ; il n'est pas déterminant et ne constitue en tout cas pas une excuse à la précipitation (73). Le traitement ne présentant donc aucune urgence, le praticien devait mieux renseigner sa patiente ou, tout au moins, la mère de celle-ci au cas où la patiente ne paraissait pas en état de donner un consentement valable (74).

Ainsi, selon la Cour d'Appel de Lyon, le médecin doit informer son malade de *tous* les risques, même exceptionnels ; seuls les risques imprévisibles n'ont pas à être révélés.

La Cour de Cassation (75) a confirmé cet arrêt que SAVATIER (76) a violemment critiqué, à juste titre.

Cependant la jurisprudence adopte généralement une attitude plus nuancée. Ainsi, la Cour d'Appel de Lyon a pris la position suivante dans un arrêt ultérieur (77) :

> « Attendu que l'appelant fait encore grief au docteur X. d'avoir omis de l'éclairer sur les risques qu'il courait du fait de l'urographie ;
> Mais « Attendu que si la non imprévisibilité d'accidents thérapeutiques fait un devoir au praticien de révéler au malade leur éventualité avant toute mise en œuvre du traitement, spécialement en ce qui concerne certaines méthodes de cure des maladies mentales, il ne saurait être question d'imposer au médecin l'obligation de faire apparaître à son client toutes les conséquences défavorables possibles, même les plus hypothétiques, d'une intervention quelconque ; qu'en l'occurrence, le risque de phlébite pouvait être considéré comme un risque normal dans l'application d'une méthode devenue classique... »

La doctrine dominante (78) et la jurisprudence (79) estiment donc que le médecin n'est tenu de ne révéler que les risques du traitement ou de l'opération qui sont normalement prévisibles. Le praticien ne doit pas signaler au patient les risques qui, sans être absolument imprévisibles, sont du moins tellement exceptionnels qu'on ne saurait les envisager. En outre, une telle révélation effrayerait inutilement le malade et l'inciterait à refuser une thérapeutique qui s'avèrerait indispensable. L'affaire suivante donne une bonne illustration du problème qui nous préoccupe :

(73) C'est en effet, à notre avis, au médecin et non au patient à poser l'indication d'urgence qui est un acte strictement médical.

(74) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 366.

(75) Cass. civ. 8 novembre 1955, J.C.P. 1955.II.9014.

(76) SAVATIER, Traité, p. 228 : « Une telle obligation (révéler *tous* les risques) méconnaîtrait la confiance tacite donnée au médecin, concernant l'appréciation des risques mineurs. »

(77) Lyon, 12 avril 1956, D.P. 1956.439.

(78) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 361-364 ; SAVATIER, Traité, p. 228 ; ABEL, p. 117 ; RODET, p. 88 ; SAHUT, p. 72 ; MALHERBE, pp. 112-113 ; KOHLHAAS, p. 518.

(79) Cf. KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 362-364, pour ses commentaires sur cette jurisprudence.

Grenoble, 5 janvier 1949, Gaz.Pal. 1949.1.216 : La Cour a retenu l'extrême rareté, « donc exceptionnelle et imprévisible », d'une complication survenue au cours d'une opération *classique* dont le malade avait accepté le principe, sans que l'éventualité de cet accident rarissime lui ait toutefois été signalée. Il s'agissait d'un tuberculeux qui avait subi, sans succès, divers traitements médicaux et chirurgicaux. Un chirurgien proposa alors une infiltration anesthésique du ganglion stellaire. Etant donné le caractère rebelle, tenace, et surtout la violence des douleurs, cette intervention était légitime

Dans un arrêt du 16 janvier 1954 (80), le Tribunal de Nice a reproché à un neurologue d'avoir pratiqué sur un malade borgne le traitement d'alcoolisation du ganglion de Gasser pour mettre fin à des névralgies faciales, sans avertir le

et indiquée, dirent les experts. Mais, au cours de l'infiltration de novocaïne, l'aiguille arrive pratiquement toujours au contact des racines nerveuses et même, souvent, les pique; cela ne comporte habituellement aucun danger; il arrive, cependant, que la piqûre se révèle nocive et provoque une dégénérescence du nerf touché. Cette accident est connu mais comme une rareté. C'est ce qui s'était produit chez ce tuberculeux dont la Cour de Grenoble avait à juger la demande: dans les minutes qui suivirent la piqûre de novocaïne, il fut atteint d'une paralysie du plexus brachial, entraînant une invalidité permanente de 65%. Or, rien ne pouvait le laisser prévoir: «on ne connaît que quelques observations» déclarèrent les experts; «un tel fait est suffisamment exceptionnel et imprévisible pour qu'on n'ait pas le droit de refuser, pour soulager des douleurs violentes et tenaces, une intervention qui, une fois sur des milliers de cas, pourrait avoir cette fâcheuse conséquence et qui, comme tant d'autres, libère le malade d'une véritable torture. L'accident si malheureusement survenu ne peut être tenu que pour une imprévisible complication dont aucune technique, aucune précaution ne peut mettre à l'abri.» Fallait-il, néanmoins, en aviser le malade? La Cour de Grenoble ne l'a pas pensé et a rejeté la demande: l'acte médical était normal.

Trib. civ., Lille, 30 janvier 1952, Gaz.Pal. 1952.1.216: La Cour a sanctionné à juste titre l'attitude d'un médecin qui, pour de simples cors aux pieds, avait appliqué un traitement radiothérapique sans faire connaître à la malade qu'elle risquait une radiodermite qui apparut, en effet, quelque temps après: acte médical anormal.

Lyon, 12 avril 1956, D. 1956.439: Un radiologue avait employé, pour une exploration des fonctions rénales, un produit de contraste à base d'iode dénommé urosélectan dont l'injection intraveineuse avait provoqué une phlébite et plusieurs embolies pulmonaires chez le malade.

La relation de cause à effet entre l'injection d'urosélectan et la phlébite n'était pas douteuse: mais la méthode était classique, c'est-à-dire enseignée et universellement appliquée; l'urographie avait été effectuée par un radiologue expérimenté selon toutes les règles de l'art et très exactement informé de ses conséquences possibles, disaient les experts; il s'agissait d'un accident rarissime dû, peut-être – simple hypothèse, au demeurant – à une hypersensibilité du sujet à l'iode qu'aucun test ne permet de déceler à coup sûr; le risque de phlébite n'était pas simplement hypothétique; il était anormal; d'où rejet parfaitement justifié de l'action en responsabilité intentée au médecin.

Cour d'Appel, Bruxelles, 21 juin 1967, J.T., 1968, pp. 27 et 28: Une patiente avait présenté des troubles et une incapacité de travail à la suite de l'alcoolisation du ganglion de Gasser par un otorhinolaryngologue, traitement classique mais dangereux des névralgies du trijumeau. La patiente ouvrit action et fut déboutée par la Cour en ces termes:

«Attendu que, sans contester l'existence de son assentiment à l'alcoolisation, l'appelante soutient que ces assentiments n'auraient pas été donnés en connaissance de cause ce qui les rendrait nuls, les indications que lui a fournies l'intimé au sujet des suites possibles de ce traitement ayant été insuffisantes.

»Attendu que l'intimé reconnaît n'avoir point prévenu la patiente de la possibilité des séquelles qu'elle présente actuellement, estimant que ces séquelles étaient «exceptionnelles et imprévisibles».

«Attendu que les experts dont rien ne permet de suspecter la compétence qualifient les accidents du genre de ceux de l'espèce — paralysie d'un côté de la face, surdité d'une oreille, avec troubles de l'équilibre — de «certainement très rares et imprévisibles et exceptionnels», que lesdits experts signalent bien un ouvrage de Dandy dont l'auteur était devenu un grand adversaire de l'alcoolisation parce que sur quatre cas il avait eu deux fois un accident analogue à celui de l'appelante mais qu'ils ajoutent aussitôt qu'on peut facilement s'imaginer que, si pareils accidents avaient une grande fréquence, on ne connaîtrait pas des séries favorables aussi importantes que celles de Marris, plus de 1500 cas».

«Attendu qu'il ressort de ce qui précède que s'il est peut-être excessif de qualifier les accidents du genre de ceux de l'espèce de totalement imprévisibles parce qu'en fait ils existent et sont signalés par la littérature médicale, lesdits accidents sont suffisamment rares et exceptionnels pour que l'intimé ait pu s'abstenir de les mentionner à sa cliente sans faillir à son devoir d'informer celle-ci.»

Voir aussi Cass. civ., 14 avril 1961, Rev. Dr. civ. 1961.678 (observ. TUNC); Lyon, 6 novembre 1961, D. 1962. somm. 55.

(80) D. 1954.173, confirmé par la Cour d'Appel d'Aix, le 11 juin 1956.

patient que cette thérapeutique, selon les statistiques, comportait 25 % de risques de complications dont 13 % de lésions permanentes entraînant la perte d'un œil. Dans le cas présent, l'intervention provoqua effectivement une kératite neuroparalytique ayant pour conséquence une cécité complète du patient.

Le Tribunal, suivant l'avis des experts, retint que le traitement était conforme aux données actuelles de la science et qu'il avait été correctement pratiqué, mais il estima que la responsabilité du médecin était engagée parce que le malade pouvait légitimement soutenir qu'il n'aurait jamais accepté une telle intervention s'il avait été correctement informé du risque. En effet, les névralgies faciales dont il souffrait n'étaient pas intolérables au point de risquer la cécité pour en guérir. En outre, il n'y avait pas urgence et une autre technique aurait présenté des inconvénients moindres.

Notons encore que le médecin doit aviser son patient des risques *accrus* (81) qu'entraîne la thérapeutique qu'il entend appliquer. SCHNETZLER (82) et LOEFFLER (83) estiment que le médecin n'est pas tenu d'indiquer à chaque patient que tout acte médical comporte, par nature, un risque inhérent, ce fait devant être connu de tous. Ce n'est que lorsque le traitement (surtout une opération) « présente des risques spéciaux, plus grands et plus immédiats, sortant du cadre de ce qu'un laïc peut raisonnablement être censé admettre comme inhérent à l'opération qu'il consent à subir, que le devoir de l'éclairer existe (84). »

Nous pensons, au contraire, que le médecin doit rappeler — certes sans s'appesantir sur ce fait pour ne pas effrayer inutilement le patient — le risque inhérent à tout acte médical (85).

(81) Cour d'Appel, Aix, 23 février 1949, J.C.P. 1949.II. 5025, note R. Vienne: il s'agissait du mode d'anesthésie (à l'évipan) qu'un médecin avait choisi, sans avoir obtenu le consentement préalable du patient à cette méthode dont les avantages (réveil moins désagréable, possibilité de prolonger éventuellement l'anesthésie sans inconvénients) étaient d'ailleurs certains.

(82) Pp. 16-17.

(83) P. 97: « Eine Aufklärungspflicht des Arztes gegenüber dem Kranken besteht überall dort nicht, wo sich die bei einer bestimmten Behandlung in Betracht zu ziehenden Risiken im Rahmen der praktisch jeder sachgemässen ärztlichen Behandlung eigenen Gefahrquellen halten. Es muss als allgemein bekannt gelten, dass jede ärztliche Behandlung Gefahren im Gefolge haben kann. Das gilt besonders und in erhöhtem Masse für die operativen Eingriffe. Darüber braucht der Kranke auch nicht weiter orientiert zu werden. Er ist sich ja dessen bewusst, dass er ein jeder ärztlichen Behandlung (das gilt wieder speziell auch für den chirurgischen Eingriff) eigenes, durchschnittliches Risiko der Verwicklung einer solchen Gefahr, gleichgültig welcher Art dieselbe auch sei, auf sich nimmt. Eine Pflicht, den Kranken unbefragt in solchen Fällen über die gerade hier in Betracht fallenden Gefahren, mit deren Verwicklichung übrigens nur ganz entfernt zu rechnen ist, aufmerksam zu machen, existiert also nicht. Sie würde sich für den Kranken nur ungünstig auswirken, so dass er z.B. nach erfolgter detaillierter Aufklärung über alle irgendwie möglichen Gefahren entweder von einer für ihn zweckmässigen, wenn auch nicht gerade absolut notwendigen Operation Abstand nimmt oder doch psychisch ungünstig beeinflusst wird, was einen glatten Heilungsverlauf wesentlich erschweren kann. Man gelangt also sowohl bei juristischer wie bei medizinischer Betrachtung zu einer übereinstimmenden Ablehnung der Aufklärungspflicht in solchen Fällen, wo das einer gewissen Zweckmässigen Behandlung inneliegende Gefahrmoment das durchschnittliche Mass nicht übersteigt ».

(84) SCHNETZLER, pp. 16-17.

(85) C'est également l'opinion de KOHLHAAS (p. 518), notamment.

Notons enfin que la jurisprudence américaine, sur ce point, est sensiblement plus rigoureuse que la jurisprudence européenne. L'être humain ayant une souveraineté absolue sur son corps, il doit être, selon les juges d'Outre-Atlantique, informé de manière franche et complète et connaître ainsi tous les risques — même exceptionnels — que chaque traitement lui fait courir, quelles qu'en soient les conséquences sur son moral (86). Il n'est pas besoin de souligner ce qu'une telle conception comporte de tracasseries pour le médecin ou d'épreuves pour les nerfs du malade.

c) *La nature de l'intervention*

L'étendue de l'information due au patient dépend également de la nature de l'affection dont il souffre, du genre de traitement préconisé et de la valeur de l'indication posée par le médecin (87). On peut distinguer schématiquement trois cas (88):

1) Une personne (souffrant, par exemple, de grossesse extra-utérine ou d'appendicite aiguë) n'a plus que peu de temps à vivre si elle n'est pas opérée avec une certaine urgence. C'est ici la *vie* qui est en jeu; il ne sert dès lors à rien de détailler les conditions et les risques, même élevés, d'une opération qui est le seul moyen de sauver ce malade, en l'état actuel de la science (89). Le chirurgien doit avant tout créer un climat favorable et ne pas effrayer le patient qui serait alors peut-être incité à refuser une intervention pourtant absolument inévitable (90).

2) Sans être indispensable, une opération (fibrome utérin, coxarthrose de la hanche, par exemple) est simplement utile pour supprimer des douleurs ou une gêne pénible et réelle que ressent le malade) (91). L'intervention vise donc à

(86) Prof. David W. FLORENCE (Minnesota), Rapport au IIIe Congrès mondial de Droit médical de Gand, le 23 août 1973.

BOYER CHAMMARD, p. 150: «Le médecin américain se conforme généralement à cette obligation. Très souvent d'ailleurs, l'information du malade ou son accord se font par des documents écrits: tels sont par exemple les docubooks ou livrets médicaux. Une telle méthode semble s'être généralisée aux Etats-Unis après une mise au point minutieuse desdits documents qui vont jusqu'à préciser au patient les différentes complications qui peuvent survenir. Aussi, pense-t-on, le malade prend-il en matière médicale ses risques en toute connaissance de cause, même pour une simple anesthésie.»

Voir aussi LOMBARD, p. 167.

(87) C'est-à-dire le caractère plus ou moins impérieux et urgent de l'indication.

Cf. notamment BOYER CHAMMARD, p. 146.

(88) Dans les opérations où le risque dépasse la moyenne (vu la faible constitution du patient, son grand âge, etc...), LOEFFLER, pp. 98-100, distingue trois cas possibles:

1) L'opération est urgente et doit écarter une menace grave pour la vie. Une information du patient l'effrayerait inutilement et compromettrait le succès du traitement.

2) L'opération, sans être urgente, est cependant indispensable (cancer). Une certaine information du patient est nécessaire et possible.

3) L'opération est élective; elle vise à adoucir ou à soigner, mais non à sauver la vie. L'information doit ici être détaillée.

(89) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 360.

(90) BOYER CHAMMARD, pp. 146-147.

(91) On parlera alors d'opération «élective».

améliorer les conditions de vie, à assurer une plus grande commodité de l'existence. Ici, contrairement à l'hypothèse précédente, rien ne compromet la vie et il n'y a aucune urgence, même si l'indication opératoire est parfaitement valable et raisonnable.

Il appartiendra au médecin de signaler le risque inhérent à l'opération et — a fortiori — les risques accrus dus à l'idiosyncrasie du patient, mais non les risques exceptionnels (92).

3) Quand l'opération peut être considérée comme superflue (93), telle la chirurgie esthétique, le médecin devra être complet, précis, et informer le patient de tous les risques encourus, même minimes (94).

d) *L'information donnée par le médecin ne doit pas effrayer le patient*

Les explications données aux patients pour obtenir leur consentement ne doivent pas augmenter leurs inquiétudes et leur angoisse (95). Il serait absurde d'obliger le médecin, pour couvrir sa responsabilité en matière d'information, à effrayer le malade dont le moral peut être profondément atteint par une révélation trop détaillée des risques, de la nature et des modalités du traitement ou de l'opération et par la description minutieuse des séquelles éventuelles.

Créer un état d'appréhension chez le patient peut avoir des conséquences physiques ou psychiques fâcheuses (96). En effet, une information trop poussée peut compromettre le succès du traitement ou inciter le patient, qui sous-estime la rareté des risques évoqués, à renoncer à une opération pourtant absolument nécessaire (97). Selon la doctrine et la jurisprudence, il appartient en définitive au seul médecin d'apprécier librement, dans chaque cas, l'effet que pourront avoir

(92) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 360-361; BOYER CHAMMARD, pp. 146-147.

(93) Le terme «superflu» ne signifie pas que nous contestions la légitimité de la chirurgie esthétique, mais seulement que nous considérons son indication comme généralement moins impérieuse que celle des autres interventions.

(94) MALHERBE, p. 90; BOYER CHAMMARD, pp. 146-147.

Cour d'Appel, Paris, 12 mars 1931, D. 1931.2.141: «Une indication exacte des dangers de l'opération et un consentement donné en toute connaissance de cause sont absolument nécessaires et doivent être rigoureusement exigés quand l'opération n'a pas pour but de guérir le mal, mais seulement de faire disparaître ou d'atténuer une imperfection physique...»

Trib. civ. Seine, 25 juin 1951, Presse médicale, suppl. 12 décembre 1951, N° 79.

Notons encore que l'étendue de l'information variera avec le caractère plus ou moins *classique* d'un traitement.

(95) BOYER CHAMMARD, p. 147.

(96) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 355, 356 et 359; KOHLHAAS, pp. 517-518; LOEFFLER, p. 98.

Amiens, 14 février 1906, D. 1907.2.44; Civ. Bruxelles, 31 décembre 1921, R.G.A.R., 1928,245; Cour. Mons, 2 avril 1936, R.G.A.R., 1936, N° 2182; Cour d'Appel, Liège, 24 novembre 1971, R.G., 1201-70.

(97) Louis PORTES, A la recherche d'une éthique médicale, p. 161; BOYER CHAMMARD, pp. 131, 148-150; KORNPROBST, pp. 363-364.

(98) BOYER CHAMMARD, pp. 149-150.

(99) J. VIDAL et J.P. CARLOTTI, Le consentement du malade à l'acte médical, communication au 1er Congrès international de morale médicale, T.I., pp. 79-80: Les auteurs soulignent le rôle important joué par le moral dans la réussite de toute thérapeutique, surtout chirurgicale.

Pius MULLER, Les droits personnels du malade, bases et limites de la pratique médicale, communication au 1er Congrès international de morale médicale, pp. 175 ss.

ses révélations sur l'état du malade (98). Ne pas inquiéter le patient est également un impératif thérapeutique (99).

e) *L'information doit être individualisée*

Pour être approuvé, le médecin doit être compris. L'information ne sera pas identique pour chaque malade; le médecin doit s'efforcer d'adapter son comportement et son langage à la personnalité de son patient. Ainsi la nature et l'étendue de l'information dépendront du caractère, de l'âge, de l'instruction et de l'intelligence du malade (100). Or, le patient, le plus souvent, ignore tout, ou presque, de la médecine, ce qui pose au praticien un problème de terminologie: la discordance entre le vocabulaire du médecin et celui de son malade est trop fréquente (101). Ainsi le langage technique doit nécessairement être transposé (102) pour devenir accessible au profane et, « qui dit transposition, entend parfois trahison (103) ».

Un arrêt de la Cour de Cassation (104), en 1961, a défini clairement et de manière décisive la nature de l'information que le médecin devait à son malade. Une patiente reprochait à un otorhinolaryngologue de lui avoir indiqué qu'il l'opérait d'une « sinusite frontale double » alors qu'il s'agissait en fait d'un « mucocèle frontal ». Ainsi, selon la demanderesse, le chirurgien lui aurait caché la vraie nature de son mal.

La Cour de Cassation a relevé que le médecin n'avait commis aucune faute engageant sa responsabilité et n'avait employé l'expression de « sinusite » que pour faire comprendre au malade (qui n'aurait pas eu l'intelligence du terme « mucocèle ») le genre d'affection dont elle était atteinte, la technique de l'opération étant d'ailleurs la même dans les deux cas.

La Cour a finalement estimé que le praticien, en parlant de sinusite frontale double, avait donné « une information *simple, approximative, intelligible* et *loyale*, pour lui permettre de prendre la décision qu'il estimait s'imposer ».

Le praticien doit ainsi « convertir la connaissance complexe et technique des faits qu'il croit avoir acquise comme fondement de ses recommandations, en une indication simple et approximative, restant, dans sa sincérité, accessible au

(100) SAVATIER, Traité, pp. 228, 229 et 245; BOYER CHAMMARD, p. 147; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 353-354; Jean SAVATIER, La profession libérale, p. 281; DEBRAY, p. 37.

L'information sera naturellement différente selon que le patient est un enfant ou un adulte.

(101) DEBRAY, pp. 226-227 et 231-233: L'auteur signale à juste titre que la nosologie populaire diffère de la nosologie scientifique. En outre, il estime que l'étudiant en médecine devrait recevoir, au cours de ses études, des notions de psychologie appliquée destinées à lui permettre de remplir son obligation d'information.

SAVATIER, Traité, p. 245.

Cf. Prof. COUVELAIRE, Communication au 1er Congrès international de Morale médicale, 1955, T.II, p. 58, qui pense qu'il « est toujours possible d'instruire sans crucifier, d'instruire le plus ignorant, le plus épais ou le plus averti ».

(102) MALHERBE, pp. 112-113; BOYER CHAMMARD, p. 146, qui précise que « l'éclairage dû par le médecin au malade ne sera pas celui qu'il possède lui-même, mais celui que le patient est apte à recevoir ».

(103) MALHERBE, pp. 112-113.

(104) Cass. civ. 21 février 1961, J.C.P. 1961. 12129 (note SAVATIER).

malade. C'est cette vérité, à la fois simplifiée et sincère, qu'il lui doit pour permettre au malade de prendre la décision qu'il lui propose (105)». Demander au médecin d'éclairer intégralement le patient sur les raisons techniques du diagnostic, sur les détails du traitement ou sur les risques les plus rares, c'est accabler le praticien dans l'exercice de son art et finalement aller à l'encontre de l'intérêt bien compris du malade. En effet, la mission essentielle du médecin, après tout, n'est pas d'éclairer, mais de soulager et de guérir; son rôle est avant tout thérapeutique et non pas didactique (106).

D) La révélation d'un pronostic grave au patient

a) Les règles déontologiques (107) précisent généralement qu'un pronostic grave ou fatal peut légitimement être dissimulé au patient, mais qu'il doit être communiqué en principe à ses proches.

b) SAVATIER s'est vigoureusement insurgé contre cette recommandation du Code de déontologie médicale. Selon le célèbre juriste français, le malade doit être traité en homme libre et adulte; il doit connaître la vérité, ne serait-ce que

(105) SAVATIER, Traité, pp. 228-229.

Voir aussi RO 66 II 36: Le TF estime qu'une information honnête et aussi précise que possible du praticien donnera seule une signification au consentement du patient.

MALHERBE, p. 113 est d'avis qu'on ne saurait exiger du médecin qu'il utilise les termes savants du langage médical. «Il suffit que le langage employé soit de nature à donner au patient une idée suffisamment exacte de l'intervention proposée.»

KOHLHAAS, p. 515: «Dies Einverständnis kann ferner nur dann als rechtswirksam erachtet werden, wenn der Patient *in groben Zügen* weiss in was er einwilligt und welche Tragweite seine Einwilligung hat.»

PHARAON, p. 8: Le médecin doit retenir ce qui peut à la fois être compris et, sans dommage, être révélé.

MAZEAUD et TUNC, Resp. civ., T.I. N° 511: «Il suffit de lui (au patient) donner une idée raisonnable de la situation et de lui permettre de porter un jugement raisonnable.»

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 356. L'auteur rapporte le cas suivant: Un gynécologue dit à une parturiente: «Je vais vous aider» et, aussitôt que la patiente est endormie, il la délivre par une césarienne. «La restriction mentale de l'obstétricien ne lui permet pas, ici», selon KORNPROBST, «de rester dans le cadre de la légalité de pure forme et le consentement de la patiente est nul.»

Prof. HAMBURGER, Rapport au 2ème Congrès de Morale médicale, T.I, p. 294: «Le médecin ne peut jamais fournir un exposé complet et impartial de la situation; il traduit celle-ci en termes volontairement simplifiés pour qu'ils soient intelligibles; le schéma que la famille reçoit ressemble à la vérité comme la caricature à son modèle...»

Voir encore THELIN, p. 44; BOYER CHAMMARD, pp. 132-133.

(106) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 352: Le médecin n'a pas à faire un cours de médecine à chaque patient sur le mal dont il souffre et la façon de le traiter. En outre, il ne saurait être question d'un «contrôle de l'activité scientifique du praticien» par le malade.

SAVATIER, p. 228; LOMBARD, p. 166; BOYER CHAMMARD, p. 133; BOUDIN, p. 1223; NORDMANN, Le contrat d'opération chirurgicale, Thèse Paris, 1939.

(107) Cf., entre autres, Règles et usages de la Société vaudoise de médecine, ch. 15, al. 1:

«Le malade a le droit d'être renseigné sur sa maladie. Toutefois un pronostic grave ou fatal ne saurait lui être révélé qu'avec la plus grande circonspection, mais il sera en règle générale, communiqué à la famille.»

Voir également l'art. 34 du Code de déontologie médicale français du 28 novembre 1955: «Un pronostic grave peut légitimement être dissimulé au malade. Un pronostic fatal ne peut lui être révélé qu'avec la plus grande circonspection, mais il doit l'être généralement à sa famille, à moins que le malade ait préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite.»

pour prendre les mesures que lui commande l'intérêt des siens ou que lui dictent ses convictions religieuses quand sa vie est en péril. La dissimulation serait trop commode : cacher au malade son état, c'est pour le médecin la ligne du moindre effort, celle qui lui épargne toute mission pénible, toute discussion et qui, par là, met illégitimement le malade à sa merci (108).

Pour PEQUIGNOT (109), les praticiens doivent savoir que bien des malades perdent confiance à leur égard, pour avoir acquis la conviction que les médecins les trompent systématiquement.

c) La majorité du corps médical estime que le malade ne doit pas être informé d'un mal irrémédiable. Une longue expérience a convaincu ces praticiens que la brutalité de l'aveu déclenche, chez le patient, un mécanisme de résignation, de découragement et d'affolement et ne fait qu'aggraver le mal. La dissimulation est alors plus un impératif thérapeutique qu'une position morale (110).

d) A notre avis, le problème ne saurait recevoir de réponse unique ; il doit être résolu par chaque médecin selon sa conscience, en fonction de chaque cas particulier, et les tribunaux n'ont pas à s'immiscer dans ce domaine (111).

Les articles des codes de déontologie médicale autorisent, conseillent, mais ils n'imposent pas une conduite au médecin qui, finalement, reste libre ; tout au plus, expriment-ils « une certaine expérience collective constamment confirmée (112) ». Ces règles n'ont aucune portée légale et ne lient pas le juge ; le code de déontologie n'est qu'un règlement interne, professionnel et disciplinaire (113). Les partisans de la vérité font ressortir, à juste titre, qu'un mensonge en appelle un autre, souvent plus grave, et que faire participer le malade, sinon à sa guérison du moins à son traitement, est le plus sûr moyen d'obtenir la confiance de ce dernier (114).

Enfin, certains malades, comme le note PORTES (115), exigent, ont « le désir sincère de savoir *toute* la vérité, par devoir, soit pour assurer leur avenir spi-

(108) SAVATIER, Traité, p. 244 ; du même auteur, « Impérialisme médical sur le terrain du droit : le permis d'opérer et les méthodes américaines », D. 1952, Chron. p. 157.

Cf. aussi KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 354-358 et 377-381.

(109) « L'éducation du médecin », dans Cahiers Laënnec, mars 1954, p. 34.

(110) KORNPROBST (Resp. du médecin, pp. 236, 354, 378-379) estime même qu'il faut également dissimuler la vérité à un confrère quand il n'y a plus d'espoir. Cf. également l'abondante bibliographie citée par l'auteur, pp. 378-381 (notes 58-63).

HAMBURGER, p. 106 ; DEBRAY, pp. 63, 88 et 89.

(111) Même SAVATIER (Traité, p. 245) dont nous avons vu (cf., supra, note 108) la position très stricte, reconnaît que le droit du malade à la vérité a pour limite sa capacité de la connaître sans dommage majeur. La fragilité de certains malades est telle que la révélation du diagnostic peut réellement et sérieusement aggraver leur état. Dans ce cas, le médecin peut user, à l'égard du malade, de restrictions mentales et ne révéler son diagnostic qu'à sa famille.

Cf. également, Louis PORTES, op. cit., pp. 155 ss.

(112) DEBRAY, p. 87.

(113) DEBRAY, pp. 170-171 ; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 170-178 ; du même auteur, Le contrat de soins, N° 216 ; SAVATIER, Traité, pp. 16 et 18 et 117 ; BOYER CHAMMARD, p. 134 ; SCHNETZLER, p. 8 ; DE VILLE DE GOYET, p. 3.

(114) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 355 ; BOYER CHAMMARD. p. 145.

(115) Op. cit., pp. 155 ss.

rituel, soit parce qu'ils se situent froidement en face des tâches professionnelles (116) ou familiales (117) qu'ils veulent assumer jusqu'au bout ». Dans ces cas, le médecin doit révéler la vérité au patient.

e) Dans la chirurgie mutilante, l'information des atteintes graves et irréversibles que produira l'opération (ablation d'un sein, pose d'un anus artificiel, perte de la voix dans le cancer du larynx, etc...) est nécessaire (118). La révélation du diagnostic et du pronostic grave sera souvent la seule façon de convaincre le malade à subir une opération qui laisse de si lourdes séquelles (119).

E) **Conclusion sur l'information du patient**

Si on résume les éléments assez complexes que nous nous sommes efforcé d'analyser plus haut, on arrive à la conclusion que « le consentement du patient est nécessaire chaque fois que l'intérêt même de celui-ci n'y contredit pas (120) ». Le malade doit être informé, en étendue, en raison inverse de l'utilité et de l'urgence que présentent le traitement ou l'opération et en raison directe des risques qu'il comporte (121). « De pure forme, sinon symbolique s'il y a nécessité absolue d'intervenir et surtout s'il y a danger de mort, le consentement doit être d'autant plus consciemment motivé que cette intervention est moins nécessaire et surtout moins urgente (122). »

Pour obtenir l'adhésion de son malade, le médecin ne doit révéler que ce qui peut être à la fois compris et dévoilé sans dommage (tout ce qui est donc compatible avec l'état physiologique et psychologique du patient), ce que finalement le malade est apte à saisir et à supporter (123).

Section 5. Qui est habilité à donner son consentement à un acte médical (124)?

A) **La capacité civile** (125)

S'agissant d'un acte éminemment personnel, c'est évidemment le patient et, en principe lui seul, qui doit consentir à tout acte médical le concernant (126). Mais ce consentement n'est pas toujours possible. Seul un patient possédant la capacité civile peut donner son consentement à un acte médical quelconque.

(116) Ce pourra être le cas d'un écrivain ou d'un artiste qui souhaite terminer une œuvre.

(117) Un père de famille pourra utiliser le temps qui lui reste à vivre pour régler certaines questions et assurer ainsi l'avenir économique des siens.

(118) Une telle révélation comporte implicitement la révélation du diagnostic.

(119) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 352 et 355; DEBRAY. pp. 75-77; KOHLHAAS, p. 516, qui souligne que l'absence d'information peut être la cause de la renonciation du patient au traitement.

(120) KORNPROBST, resp. du médecin, pp. 352, 360 et 381.

(121) Ibid., p. 381.

Voir aussi MALHERBE, p. 14; KOHLHAAS, pp. 518 et 519; SCHNETZLER, pp. 16-17; LOEFFLER, p. 100.

(122) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 381.

(123) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 212; PHARAON, p. 8.

L'absence de discernement ne peut provenir que d'une des causes énumérées par la loi (127): le jeune âge, la faiblesse d'esprit, la maladie mentale, l'ivresse ou d'autres causes semblables. En outre, l'absence de discernement peut résulter, dans le cadre du contrat de soins, d'une incapacité physique ou psychique (coma, état de choc, etc.) (128).

Le discernement, c'est la faculté d'agir raisonnablement, c'est-à-dire la possibilité d'apprécier sainement le sens et la portée de ses actes (conscience) et celle de conformer son comportement à cette appréciation (volonté) (129).

La capacité de discernement n'est pas acquise une fois pour toutes ni définitivement exclue; c'est une notion relative (130). Le juge devra rechercher, *in concreto*, si la personne en cause (131) — au moment de l'acte — possédait, en l'occurrence (132) et pour cet acte, la faculté d'agir raisonnablement (133). Ainsi, même lorsqu'on se trouve en présence de l'une des éventualités prévues par l'art. 16 CCS, «il faut encore examiner si le dérangement mental était tel qu'il empêchait l'auteur de l'acte considéré d'agir raisonnablement (134)».

(124) Par acte médical, nous entendons, *lato sensu*, aussi bien le simple examen du patient par le médecin qu'un traitement, une opération ou encore une investigation à but diagnostique. La capacité de discernement est une notion très large qui apparaît déjà au moment de la conclusion du contrat de soins, puis, plus tard, lors de l'exécution de ce contrat (consentement à chaque acte médical important préconisé par le médecin).

(125) Outre la bibliographie citée, infra, aux notes 126 à 136, voir également: SAUSER-HALL, FJS, N° 571-577, Capacité civile des personnes physiques; GROSSEN, Les personnes physiques, dans Traité de droit civil suisse, T.II/2, pp. 33 ss.; LADOR, Les droits strictement personnels, Thèse Lausanne, 1933.

(126) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 237; SAVATIER, Traité, p. 215.

Cf. art. 19, al. 2, CCS: Pour exercer des droits strictement personnels, c'est la capacité de discernement seule qui entre en ligne de compte. Voir aussi RO 77 II 7 = JdT 1951 I 354.

(127) EGGER, Einleitung. Das Personenrecht, notes 11 ss., ad art. 16 CCS; COSMAN, La capacité civile en droit suisse. Thèse Genève, 1941, pp. 59 ss.; THILO, note au JdT 1944 I 195.

(128) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 130 et 238.

(129) Von TUHR, p. 143, ne retient, lui, que l'élément *conscience*.

TUOR, p. 60; OFTINGER, T. I, pp. 143 ss.; EGGER, op.cit., ad art. 16 et 19 CCS.

Le TF a ajouté «la possibilité de résister d'une façon normale à ceux qui tentent d'influencer sa volonté» (RO 39 II 190; RO 55 II 229 = JdT 1930 I 102; RO 67 II 52; RO 70 II 140, RO 90 II 9 = JdT 1964 I 354). En outre, notre haute Cour exige encore la faculté d'agir selon sa libre volonté (RO 77 II 97 = JdT 1952 I 290).

(130) TUOR, pp. 60 ss; OFTINGER, T.I, p. 134.

Voir aussi RO 44 II 449 = JdT 1919 I 341: Un dément n'est pas forcément privé de la faculté de discernement, il ne l'est que si sa maladie a acquis un certain degré d'intensité.

Dans le même sens, KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 58 et 65. L'auteur relève que chez des malades mentaux, le discernement peut exister pour certains actes et manquer pour d'autres. En outre, le discernement peut exister pendant des intervalless de lucidité. Enfin, le discernement peut momentanément faire défaut à des personnes généralement saines d'esprit (ivresse, coma, etc.).

(131) *In casu*, le patient.

(132) Au moment où cette personne a agi.

(133) RO 43 II 473; RO 66 II 120; RO 90 II 9 = JdT 1964 I 354.

RO 88 IV 111 = JdT 1962 IV 143: L'incapacité de discernement n'est pas toujours générale et peut n'affecter qu'un domaine déterminé.

EGGER, op. cit., note 9 ad art. 16 CCS relève que ce qui importe, c'est la capacité d'agir raisonnablement dans le cas particulier et non pas le caractère raisonnable ou non de l'acte lui-même. Voir aussi, du même auteur, notes 6 et 7 ad art. 16 CCS.

(134) THILO, note au JdT 1944 I 195; EGGER, loc. cit. à la note 133; HAFTER, op.cit., note 4 ad art. 16 CCS.

Il faut également que la cause d'absence de discernement ne soit pas particulière au patient, mais qu'elle soit établie selon des critères assez généraux. « On pourra donc tenir compte de l'âge, éventuellement d'une maladie très douloureuse ou cruelle, mais non pas de la superstition, de la passion amoureuse, d'une colère excessive ou d'une haine exaspérée (135). »

Lorsque le patient est hors d'état de donner son consentement parce qu'il n'a pas de discernement, on est obligé de « substituer à son consentement le consentement valable d'autres personnes (136) ».

Nous voulons maintenant examiner qui est qualifié pour donner ce consentement en lieu et place du patient.

B) Le mineur et l'interdit

Le consentement à un traitement que doit subir un mineur ou un interdit sera, en principe, donné par leur représentant légal (père, mère, tuteur) (137).

Toute personne ayant, même momentanément, la garde de l'enfant (ami, voisin, directeur d'un home d'enfants) peut aussi, s'il y a urgence ou s'il s'agit d'un acte médical courant, donner son consentement en lieu et place du représentant légal (138).

De nos jours, on ne peut plus assimiler un mineur de plus de seize ans à un nouveau-né. Pour un mineur, surtout s'il est proche de sa majorité, le discernement est plus important que l'âge. La loi ne prévoit pas d'âge limite, mais la jurisprudence se montre très souple (139). « Dès lors que la personne physique est en jeu, la volonté du mineur doit prévaloir sur celle de ses parents ou de son tuteur dès lors que son développement intellectuel paraît suffisant (140). L'interdit capable de discernement est assimilé au mineur ayant atteint une certaine maturité : il peut exercer seul ses droits éminemment personnels (141). »

(135) CUENDET, p. 119.

(136) THELIN, p. 39; LOEFFLER, p. 12; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 238; SAVATIER, Traité, p. 226.

(137) Von TUHR, p. 184; KORNPROBST, pp. 238 et 239; SAVATIER, Traité, pp. 216 et 217.

(138) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 44, a ajouté que dans les cas graves, le gardien doit toutefois, sauf cas d'urgence, aviser le représentant légal de l'enfant.

Voir aussi SAVATIER, Traité, p. 217.

(139) GAUTSCHI, p. 153; OFTINGER, T. I, p. 134; KOHLHAAS, pp. 520, 521 et 524; KELLER, p. 71.

La capacité de discernement est généralement présumée; toutefois, plus un mineur est jeune, plus la présomption s'affaiblit jusqu'à disparaître. Voir sur ce point RO 44 II 120; RO 45 II 48; RO 90 II 9 = JdT 1964 I 354; RO 91 II 327 = JdT 1961 I 232; KELLER, p. 71.

Voir aussi GARRAULT et LABORDE-LACOSTE, Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement et à l'intervention chirurgicale, dans Rev. gén. du Droit, 1926, pp. 151 ss.; HERAUDEAU Madeleine, Le malade, personne libre, face au médecin, Thèse Poitiers, 1955; DONNEDIEU DE VABRES et DUVOIR, Quelques considérations sur le droit d'intervenir chirurgicalement, dans Ann. de méd. lég., 1934, p. 725.

(140) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 50 et 51; SAVATIER, Traité, pp. 215 et 216.

C) Le consentement du conjoint

D'aucuns ont estimé que dans certains cas (interruption de grossesse, stérilisation volontaire, chirurgie esthétique), il convenait que le médecin ne sollicite pas seulement le consentement du patient, mais également celui de son conjoint (142).

KORNPROBST (143) rejette, à juste titre, avec vigueur cette conception et souligne qu'il ne saurait y avoir de « tutelle » d'un des conjoints sur l'autre dans l'exercice de droits strictement personnels. Ainsi le médecin qui sollicite le consentement du conjoint de son patient recourt à une pratique prudente plutôt qu'il ne remplit une obligation dérivant du contrat de soins.

Il existe toutefois deux exceptions où le consentement du mari est indispensable:

1) L'insémination artificielle, quand le donneur est un tiers (144).
2) Le traitement de certaines stérilités féminines tenaces grâce à des stimulateurs de l'ovulation (145). Cette méthode favorisant notoirement la survenance d'une grossesse multiple, il nous paraît nécessaire que le praticien informe le mari de la patiente vu les problèmes financiers, familiaux et psychologiques qu'une telle situation peut créer.

D) L'incapacité de fait

L'absence de discernement d'une personne (146) peut aussi résulter d'une incapacité, non juridique, mais physique ou mentale due à une cause pathologique qui oblitère, momentanément ou de manière durable, sa faculté de jugement et d'expression (perte de connaissance, coma, traumatisme crânien, lucidité brouillée par l'angoisse ou la douleur, etc...) (147).

Tout tiers, témoin de cette situation (parent, ami, voisin, passant) peut et même doit appeler un médecin ou transporter le malade chez un praticien; le

(141) Cf. art. 19, al. 2, CCS.

Voir aussi SAUSER-HALL, N° 576, « Capacité civile des personnes physiques: les personnes partiellement incapables », qui range précisément le droit de consentir à une opération dans la catégorie des droits éminemment personnels que le mineur ou l'interdit peuvent exercer seuls, s'ils ont le discernement, et que le représentant légal peut exercer pour eux dans l'hypothèse contraire.

RO 43 II 207; RO 58 II 216.

(142) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 246-249; SAVATIER, Traité, pp. 250-251.

DOLL, p. 71, pense que l'époux qui accepterait de subir l'ablation d'un de ses reins pour sauver un de ses proches, grâce à une greffe, n'a pas besoin du consentement de son conjoint.

(143) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 68 à 72: L'auteur précise qu'un époux peut se faire soigner sans le consentement de son conjoint ou, à l'inverse, refuser un acte médical qu'il veut lui imposer. Un mari ne saurait contraindre la femme qu'il a épousée pour sa beauté à subir une opération de chirurgie esthétique.

Voir aussi SAVATIER, Traité, pp. 251-252.

(144) KORNPROBST, op.cit., N° 76.

(145) Par exemple, le clomide.

(146) Majeure, non interdite et habituellement saine d'esprit.

(147) Cf. THELIN, p. 39; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 77-78; du même auteur, Resp. du médecin, pp. 238, 249-250 qui note que la volonté de la personne est momentanément abolie parfois par le mal même qu'il s'agit de guérir.

tiers dont la volonté s'est ainsi substituée à celle du patient dans le choix du médecin, gère l'affaire d'autrui au sens des art. 419 ss. CO, ainsi que nous l'avons déjà vu plus haut (148).

Cependant, l'incapacité de fait du malade ne saurait dégénérer en incapacité de droit. « C'est ce qui arriverait si le médecin, profitant en quelque sorte de la paralysie momentanée de la personnalité du malade, se substituait à lui pour des décisions graves à prendre. La décision, par hypothèse, n'étant pas urgente, il doit attendre jusqu'à ce que le malade se trouve en état de la prendre lui-même (149). »

S'il paraît peu probable que le patient reprenne ses esprits en temps utile, le médecin cherchera à obtenir le consentement des « protecteurs naturels » du malade (ses proches en général) dans la mesure évidemment où ceux-ci peuvent être atteints à temps et si l'opération, seul moyen de sauver le malade, présente un caractère d'urgence. Ce n'est que si les proches sont inaccessibles que le médecin agira seul, selon sa conscience (150).

Qui sont ces protecteurs naturels auxquels appartient le droit de prendre une décision en lieu et place d'un malade, majeur et non interdit, incapable de le faire lui-même ? La loi est muette sur ce point ; le code de déontologie parle de la famille.

En fait, selon la doctrine, le protecteur naturel du malade se détermine d'après les circonstances ; il ne faut pas interpréter trop strictement le terme de *famille* ; on peut tenir compte, selon les cas, « des liens de fait tissés par la vie ». Les personnes qui assurent, en fait, avec des marques évidentes d'affection et d'attachement, la garde, l'entretien, la protection du malade, devront l'emporter sur des parents ou des alliés plus proches juridiquement, mais indifférents dans leur conduite (151).

(148) Voir, supra, Chap. 1, Sect. 3, litt. E.

(149) SAVATIER, Traité, p. 219 ; SCHNETZLER, p. 17.

Voir aussi note R. SAVATIER, sous Lyon, 17 novembre 1952, J.C.P. 53.2.7541 et sous Cass. civ., 8 novembre 1955, J.C.P. 1955.2.9014. L'auteur souligne que « la substitution au consentement du malade du consentement valable d'autres personnes, règle déjà grave en cas d'incapacité de droit (mineur, interdit), est bien plus grave encore en cas d'incapacité de fait, car elle paraît alors heurter les règles essentielles du droit civil ».

(150) LOEFFLER, p. 15 ; SAVATIER, Traité, p. 219 ; LOMBARD, p. 163 qui préférerait, dans ce cas, qu'on confie le pouvoir de décision au médecin plutôt qu'aux proches dont l'affection et le désintéressement à l'égard du patient ne sont pas toujours certains.

Toutefois une décision grave, même avec l'accord des proches, n'est possible que :

– si tout espoir raisonnable de voir le malade recouvrer en temps utile son libre arbitre est exclu ;

– s'il y a une extrême urgence, résultant du péril lié à tout ajournement.

L'accord des proches ne joue donc qu'un rôle complémentaire, nécessaire mais insuffisant. Le premier responsable en cas d'incapacité de fait du patient est le médecin (cf. SAVATIER, Traité, p. 225).

(151) SAVATIER, Traité, p. 220 ; DE VILLE DE GOYET, p. 15 ; Lyon, 17 novembre 1952, D.H. 1953.253.

(152) Lyon, 17 novembre 1952, D. 1953-253 ; Cass. civ., 8 novembre 1955, D.H. 1956.3 ; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 110.

Voir aussi, supra, note 129.

(153) DEBRAY, p. 72 ; DOLL, pp. 71-75.

Section 6. Le consentement doit être libre

A) Pour ne pas être dénué de toute valeur, le consentement du patient à un acte médical doit être non seulement éclairé, mais également libre (152), donc exempt de toute pression (153). En d'autres termes, le consentement doit obéir à une motivation saine et raisonnable. Il ne faut pas que le malade, en acceptant un acte médical, ait la perspective d'obtenir un avantage (154) étranger à son propre intérêt thérapeutique, tel, par exemple:
— une promesse d'argent;
— une remise de peine privative de liberté (155);
— une distinction honorifique;
— une certaine notoriété.

B) En outre, selon la doctrine et la jurisprudence, un consentement est libre s'il n'est pas vicié par l'erreur, la contrainte ou le dol (156).

Il y aura dol (157) quand le praticien recourt à des manœuvres afin d'obtenir le consentement du malade à la thérapeutique qu'il préconise, notamment lorsqu'il «dissimule certains éléments favorables au patient ou qu'il noircit intentionnellement le résultat de certaines analyses» (158).

La Cour de Paris a rendu, le 7 mars 1952, un arrêt important. Les faits étaient les suivants:

a) Une patiente, sur les conseils de son médecin traitant, consulte à Paris, en 1946, un spécialiste qui, après l'examen clinique, diagnostique un néoplasme

(154) Le consentement ne sera pas non plus libre si le malade accepte un traitement uniquement dans la crainte d'irriter ses proches ou son employeur en cas de refus.

(155) DEBRAY, p. 72, donne un exemple de «faux volontariat». Des détenus des prisons du Texas (Etats-Unis) acceptaient de consentir à certaines expérimentations en signant, dans l'espoir d'obtenir une réduction de peine, la déclaration suivante:

«J'accepte de coopérer pleinement avec les médecins qui doivent diriger cette étude, pendant une période d'observation d'environ dix-huit mois. Je comprends qu'à la fin de cette période d'observation, on me délivrera un certificat approprié de mérite, la déclaration de ma coopération volontaire et ce fait que j'ai ainsi rendu volontairement un service éminent à l'humanité, figureront sur mon dossier.»

(156) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 93.

(157) Certes, les art. 23 à 31 CO, traitant des vices du consentement, concernent la formation, la *conclusion* du contrat et nous examinerons dans ce chapitre le consentement à l'acte médical qui concerne l'*exécution* dudit contrat. Sans confondre ces deux notions, nous pensons toutefois qu'on peut, par analogie, comme l'ont fait les tribunaux français, appliquer les règles sur le dol également à l'accord donné par le patient à une thérapeutique préconisée par le médecin. A ce sujet, cf., supra, note 33.

Rappelons que le dol consiste à induire une personne en erreur, à l'entretenir ou à la confirmer dans l'erreur pour la déterminer à faire une déclaration de volonté. Ce peut être l'affirmation de faits faux ou la dissimulation de faits vrais. Le dol, c'est en somme la déloyauté. Dans les contrats économiques, l'obligation de dissiper les erreurs de son partenaire est moins étendue que dans un contrat comme le mandat où l'élément de *confiance* se situe au premier plan. Le mandataire est tenu à une franchise plus grande que celle qu'on est en droit d'exiger des parties dans un contrat où, comme dans la vente, le bail, etc., s'opposent leurs intérêts respectifs (RO 92 II 168).

(158) SAVATIER, Traité, pp. 227 et 245; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 102.

et fait pratiquer une première biopsie dont le résultat est négatif. Une seconde biopsie est également négative. Cependant, le praticien déclare à la patiente que des « images suspectes » confirmaient son diagnostic. Il prescrit alors un traitement radiothérapique qui provoque chez la malade des troubles sérieux, nécessitant d'abord son transfert dans une autre clinique, puis une opération, en janvier 1947. Plus tard, la patiente, apprenant que les résultats des biopsies étaient négatifs et que l'analyse n'avait révélé aucune des « images suspectes » invoquées par le praticien, l'actionne en réparation du dommage qui lui avaient causé les séances de radiothérapie.

b) Le médecin expliqua à la Cour que, confiant avant tout dans son sens clinique et guidé d'ailleurs par certains résultats d'analyses biologiques, il avait voulu éviter que sa patiente ne se laissât influencer par les résultats négatifs de deux biopsies (résultats non déterminants selon le praticien) et refusât ainsi de suivre un traitement que le praticien estimait le seul apte à assurer sa guérison. Convaincu que sa patiente souffrait d'un cancer, malgré les examens de laboratoire, le médecin soutenait encore qu'il ne pouvait être astreint à verser une indemnité à la malade tant qu'elle ne prouvait pas qu'il avait agi contre son bien.

c) La Cour de Paris (159) accorda 600000 anciens francs de dommages-intérêts à la patiente, condamnant en termes sévères le comportement du médecin :

> « A moins de circonstances tout à fait exceptionnelles, le mensonge est inexcusable s'il consiste à dissimuler un élément favorable pour faire croire au patient que son mal est plus grave qu'il ne semble l'être en réalité. A supposer qu'un mensonge du praticien envers son malade puisse se justifier, ce n'est que lorsque son objet est de dissimuler la gravité du mal.
> Dès lors, le médecin qui a falsifié sciemment, dans ses déclarations, les résultats favorables de deux biopsies négatives, afin de décider le malade à adopter le traitement radiothérapeutique qu'il proposait, est responsable des troubles apparus postérieurement, qui ont motivé une intervention chirurgicale. »

d) La Cour de Cassation a rejeté le pourvoi formé par le médecin contre l'arrêt de la Cour de Paris en ces termes (160) :

> « Le médecin qui, pour appuyer son diagnostic et obtenir le consentement de son patient à un traitement radiothérapique ayant provoqué des troubles sérieux, dénature le résultat d'une analyse de laboratoire en faisant croire à l'intéressé et même en indiquant au confrère qui le lui avait confié, que les biopsies sont de nature à faire présumer une affection cancéreuse alors qu'elles étaient négatives, ce médecin commet une faute grave, génératrice de responsabilité. »

(159) Paris, 7 mars 1952, D. 52.2.367.
Voir aussi, concernant cet arrêt, les commentaires de KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 373-376 ; BOYER CHAMMARD, pp. 138-139 et BRUNHES, p. 88.
(160) Cass., 28 décembre 1954, D. 1955.5.

La Cour de Cassation a estimé que même si le médecin était de bonne foi et croyait réellement que sa patiente était atteinte d'un cancer malgré le résultat négatif des examens de laboratoire, même s'il était convaincu que le traitement qu'il proposait était la seule chance de salut, il ne devait pas travestir le résultat de la biopsie.

e) Commentant l'arrêt précité de la Cour de Paris, CARBONNIER estime que « pour porter un jugement sur le mensonge (161) médical, il faut en analyser à la fois la fin et les moyens : le mensonge médical ne peut être exempt de faute que s'il a pour fin exclusive l'intérêt du malade et s'il ne met pas en œuvre des moyens frauduleux ».

f) Dans une autre affaire, le Tribunal civil de la Seine (162) a estimé que « commet un dol le médecin qui convoque à l'hôpital un malade pour un examen radiographique et qui procède en réalité à une expérience comportant une opération aléatoire, sans nécessité thérapeutique pour le patient, ceci uniquement pour faciliter la recherche scientifique de deux internes ».

Section 7. L'élargissement de l'indication opératoire

Hormis le cas où le patient nie catégoriquement avoir donné un accord quelconque à un acte thérapeutique (163), le consentement du malade peut encore faire l'objet de deux sortes de contestations :

a) « Le patient prétend n'avoir pas été suffisamment éclairé sur la nature et les répercussions possibles du traitement et conteste de ce fait la validité même de son consentement (164).

b) Dans une seconde hypothèse, le patient admet avoir donné son consentement, mais accuse le médecin — et plus particulièrement le chirurgien — d'avoir outrepassé ses volontés » (165)) au cours de l'intervention, en étendant l'opération à des organes non prévus initialement (166), en modifiant le plan opératoire ou en s'écartant de l'intervention envisagée pour en pratiquer une autre.

(161) La Cour d'Appel classe les mensonges du médecin en deux catégories :

1) Ceux qui cherchent à cacher la gravité du mal et à alléger l'anxiété du patient en dorant la vérité. Ne visant que l'intérêt exclusif du malade, ils sont tolérables. C'est le « *dolus bonus* », le pieux mensonge.

2) Ceux qui dissimulent des résultats favorables ou dénaturent un examen afin de décider un patient hésitant à accepter un traitement. Ici, le médecin vise son propre intérêt ou celui de la science.

Ce mensonge constitue un dol (« *dolus malus* ») qui rend annulable le consentement du patient et expose le médecin à réparer le préjudice qu'a subi éventuellement le malade.

Voir aussi KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 216.

SAVATIER, note sous Civ., 28 décembre 1954, D. 1955.249, pense que, lorsqu'il consiste en une affirmation « certainement et matériellement trompeuse », le mensonge médical, qu'il soit optimiste ou pessimiste, est une faute.

(162) Trib. civ. Seine, 16 mai 1935, D. 1936.9.

(163) Ce cas est relativement rare.

(164) Nous avons déjà traité ce problème à la section 4 du même chapitre.

(165) THELIN, p. 44 ; MALHERBE, p. 115.

(166) NEGRE, La responsabilité civile dans la pratique de la médecine, p. 104.

Nous pensons au cas où le chirurgien, au cours d'une laparotomie ou d'une intervention gynécologique, ôte l'appendice qu'il estime enflammé.

> En outre, il arrive qu'au cours d'une opération exploratrice (à but diagnostique) ou d'une opération bénigne, une affection se révèle, qui pourrait soit être fatale dans un court délai (appendice enflammé), soit nécessiter de toute façon une opération ultérieure sans qu'il y ait forcément une véritable urgence (tumeur maligne) (167).

Quand le chirurgien doit-il arrêter l'opération, fermer la plaie, attendre quelques jours pour que le malade se remette, lui donner alors une information complémentaire et obtenir son consentement avant de l'opérer à nouveau, le cas échéant ? Quand le chirurgien peut-il en revanche agir librement dans le cours de l'opération primitive, en se passant de l'accord du patient ? Nous envisagerons trois hypothèses :

A) Dans une première hypothèse, le malade a donné un **pouvoir discrétionnaire au chirurgien pour le libérer de l'affection dont il souffre**, pour agir « au mieux ».

Le médecin se substitue alors au malade pour décider en conséquence ; il est le seul arbitre de la situation et peut donc, sans ajourner l'opération, entreprendre tout acte médical licite et normal (168).

B) Sans recevoir véritablement carte blanche, le médecin a toutefois discuté et **débattu avant l'opération avec son patient les différentes éventualités** ainsi que les divers types d'interventions qui découlent de ces éventualités, notamment un **élargissement possible de l'opération**.

Un chirurgien découvre par exemple une masse au sein chez une patiente. Il évoque l'hypothèse d'un kyste qui supposera une simple exérèse, mais aussi celle d'un cancer qui obligera à procéder à l'ablation élargie du sein. Il obtient le consentement de la patiente à cette ablation au cas où la biopsie extemporanée (pratiquée au cours de l'opération) devrait malheureusement donner un résultat positif (169).

Il faut tout de même noter qu'il est difficile d'évoquer avant une opération toutes les éventualités qui peuvent se présenter pendant l'intervention. Le pouvoir donné par le patient reste donc assez limité. En outre, certains médecins refusent d'alarmer, peut-être pour rien, leur patient en lui présentant des hypothèses peu probables mais redoutables.

C) **Le malade a donné un consentement à un acte chirurgical déterminé**. Si, au cours de l'opération, le chirurgien outrepasse la volonté du patient, il se substitue alors à son malade pour décider et se conduit en gérant d'affaires et non plus en mandataire comme dans la première hypothèse (sous litt. A).

(167) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 79.
(168) Cf., IVe partie de la thèse.
(169) DEBRAY, pp. 75-76.

1) Le chirurgien doit ajourner l'opération, donc faire réveiller le patient, si l'élargissement nécessaire consiste en une mutilation importante et irréversible touchant à la vie de relation du patient (par exemple amputation d'un membre, de la langue, énucléation de l'œil, laryngectomie entraînant la perte de la voix, ablation d'un sein, colostomie ou anus artificiel, etc.), donc à l'identité physique, en quelque sorte «externe» du patient, mutilation qui ne peut échapper ni au regard du malade ni à celui de son entourage. Le chirurgien devra renvoyer l'opération même si elle présente une nécessité absolue et une urgence relative afin d'obtenir ultérieurement le consentement du patient à une mutilation si grave (170).

2) Quand l'opération concerne un organe interne, le chirurgien peut toutefois l'étendre, sans en informer le patient, si un tel élargissement est nécessaire et s'il présente un caractère d'urgence *quoad vitam*, même s'il y a un certain risque (application du principe de la proportionnalité) (171).

En d'autres termes, on peut donc étendre l'opération ou procéder à une autre intervention lorsque l'abstention serait dangereuse pour la vie ou du moins pour la santé de l'opéré (172).

3) Au cours d'une opération programmée, le chirurgien peut, même s'il n'y a pas véritablement urgence, procéder à une «ablation surajoutée» sans obtenir

(170) LOEFFLER, p. 18; SAVATIER, Traité, pp. 219 et 291, ainsi que la jurisprudence citée par cet auteur, p. 219, note 21.

(171) Le chirurgien devra comparer le risque d'abstention dans l'immédiat (en renvoyant l'opération) au risque d'entreprendre, après avoir réveillé le patient, une seconde opération avec son consentement. Ce risque peut concerner:

l'anesthésie,

les complications post-opératoires,

la prolongation de l'hospitalisation,

la psychologie du malade: un patient anxieux sera effrayé par la perspective d'une seconde intervention et d'une nouvelle anesthésie.

Sur la définition du principe de proportionnalité, cf., 4ème partie de la thèse, Sect. 3, litt. F.

(172) MALHERBE, p. 115; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 439; SAVATIER, Traité, p. 291; LOMBARD, p. 166;

Voir aussi LOEFFLER, p. 18:

«Schwierig gestaltet sich die Frage der Einwilligung, wenn während der Operation zur Aenderung des Operationsplanes geschritten werden muss; z.B. die Diagnose lautete auf Blinddarmentzündung und nicht auf eine differentialdiagnostisch in Frage kommende Gallenblasenvereiterung. Da der Kranke zu einem seiner Erhaltung und Heilung dienenden, sachgemäss vorgenommenen Eingriff eingewilligt hat, deckt diese Einwilligung auch die Vornahme einer zur Herbeiführung dieses Erfolges nötigen Aenderung des Operationsplanes unter folgenden Voraussetzungen:

a) Der nunmehr nötige Eingriff darf nicht erheblich grössere Risiken für das Leben des Kranken mit sich bringen.

b) Bringt der nunmehr erforderliche Eingriff erheblich grössere Risiken mit sich, so darf er nur vorgenommen werden, wenn Gefahr in Verzug ist, und daher eine Einholung der Einwilligung nicht tunlich ist.

c) Es darf sich nicht um die Radikaloperation eines besonders wichtigen Organs handeln, sofern diese nicht unverzüglich vorgenommen werden muss zur Rettung des Kranken.»

Cass., 15 mars 1966, J.C.P. 66.4.67: Une patiente décède des suites d'une opération. Son mari refuse de payer les honoraires du chirurgien estimant que la malade n'avait donné son consentement qu'à une intervention exploratrice et non à une intervention curative. La Cour suprême estima que, vu la gravité de l'état de la malade et l'hypothèse probable d'un cancer, l'autorisation donnée par la famille à un diagnostic chirurgical impliquait celle de pratiquer une intervention curative qui se révélerait nécessaire.

le consentement du patient quand cette extension est utile, peu dangereuse, d'une importance minime (173). L'excision d'un kyste de l'ovaire est un exemple typique. Notons encore que le chirurgien sera bien inspiré d'envoyer à l'Institut d'anatomie pathologique la pièce opératoire soit pour confirmer son diagnostic (éventuellement par intérêt scientifique) ou soit simplement pour dégager sa responsabilité et obtenir une pièce justificative en cas de différend avec le patient.

D) Examinons maintenant quelques cas concrets qui illustreront les principes que nous venons d'exposer:

1) Un patient avait consulté un chirurgien pour une petite tumeur du bras gauche qu'il portait depuis plusieurs années et qui paraissait entraîner quelques troubles sensitifs des doigts. Après avoir examiné le patient, le chirurgien diagnostiqua « une tumeur bénigne d'origine musculaire qui comprimait le nerf cubital »; il préconisa une opération qu'il assurait « simple et sans conséquences fonctionnelles » et que le malade rassuré accepta.

Au cours de l'intervention, le chirurgien découvrit une tumeur de nature différente, ayant l'apparence d'une tumeur maligne, ce qui nécessitait la résection du nerf radial. Sans consulter le patient et sans l'informer du risque possible de perte fonctionnelle du bras, le chirurgien excisa la tumeur. Le patient perdit effectivement l'usage de son bras.

La Cour de Cassation, dans son arrêt du 27 octobre 1953 (174), releva que l'intervention n'était ni urgente, ni nécessaire et que le patient, s'il avait été consulté, aurait été à même de comprendre et de choisir « entre quelques troubles sensitifs à l'annulaire et l'auriculaire et les risques de perdre l'usage du bras ».

Ainsi la responsabilité civile du chirurgien n'a pas été retenue à raison d'une erreur de diagnostic sans doute excusable, mais parce que ce dernier avait élargi l'indication opératoire sans en informer le patient. Selon les juges, le praticien se rendant compte des conséquences graves de l'opération qu'il devait entreprendre, aurait dû refermer la plaie, puis, le cas échéant, intervenir quelques jours plus tard après avoir informé le patient et obtenu son consentement.

2) KOHLHAAS (175) cite deux exemples tirés de la jurisprudence allemande.

Un gynécologue convainc sa patiente de lui ôter un miôme à l'utérus. Il étend l'opération primaire à laquelle la malade avait donné son consentement en procédant à l'ablation de tout l'utérus, qui se révélait nécessaire.

La patiente actionne le chirurgien pour extension non prévue de l'opération à *tout* l'organe. Or, cette femme était déjà stérile depuis son plus jeune âge et, de plus, ménopausée.

(173) L'extension ne doit pas modifier de manière notoire la physiologie du patient ni sa vie de relation.

(174) Cour de Douai, 10 juillet 1946, Gaz.Pal. 1946.2.151; Cass. civ. 27 octobre 1953, D.1953.658 (rejet du pourvoi formé par le chirurgien contre l'arrêt de la Cour de Douai).

(175) KOHLHAAS, pp. 515-517 et pp. 530-532; voir aussi LOMBARD, p. 261.

Aussi le tribunal a-t-il libéré le médecin, estimant que, sans doute, la patiente aurait accepté l'inévitable hystérectomie totale si on lui avait demandé, après information, son consentement. La décision du tribunal aurait peut-être été tout autre si la femme avait été jeune et si l'hystérectomie l'avait privée de la possibilité d'une grossesse ultérieure.

Une femme se rend chez son gynécologue qui lui propose une hystérectomie totale. La patiente consent à l'opération, qui est d'ailleurs, à dire d'experts et même de l'aveu de la patiente, parfaitement justifiée. L'opération se déroule normalement. Constatant au cours de l'intervention la présence d'un nevus sur le pubis de l'opérée, le chirurgien décide d'ôter cette excroissance assez répugnante et cancérigène. L'opération réussit parfaitement; toutefois la patiente, sous la pression de son mari, actionne en dommages-intérêts le chirurgien. Elle n'invoquait aucune faute de l'art dans l'intervention chirurgicale (hystérectomie totale), ni dans l'ablation du nevus. Elle reprochait simplement au praticien de n'avoir pas demandé son consentement pour l'exérèse de cette excroissance. La demanderesse affirmait que «ce nevus constituait un élément essentiel à la libido de son conjoint et qu'elle ne pouvait ainsi plus offrir un plaisir sexuel complet à son partenaire» (sic). Le chirurgien fut condamné à des dommages-intérêts en vertu de la rigueur du droit allemand sur le devoir d'information du médecin (voluntas aegroti suprema lex).

Section 8. Le fardeau de la preuve en matière de consentement

A) Depuis le célèbre arrêt (176) de la Cour de Cassation du 20 mai 1936, la jurisprudence française a mis le fardeau de la preuve du consentement du patient à la charge du médecin (177) dans l'intention de protéger le malade contre ce que SAVATIER (178) appelle l'«impérialisme médical». Le médecin se trouvait ainsi dans une situation très délicate, pratiquement dans l'impossibilité de résister à une action en justice du patient (179).

Le changement de jurisprudence fut consacré par un arrêt (180) de la Cour de Cassation du 29 mai 1951, cassant en ces termes un arrêt de la Cour d'Angers (181):

> «Attendu que si le contrat qui se forme entre le chirurgien et son patient comporte, en principe, l'obligation pour le praticien de ne procéder à telle opération chirurgicale déterminée, par lui jugée utile, qu'après avoir au préalable obtenu l'assentiment du malade, il appartient toutefois à celui-ci,

(176) Cass. 20 mai 1936, D. 1936.1.88. Cet arrêt établit que la responsabilité du médecin vis-à-vis de son patient est de nature contractuelle.
(177) BOYER CHAMMARD, p. 141.
(178) Cf. «Impérialisme médical sur le terrain du droit». D.1952. Chron. p. 157.
(179) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 429.
(180) Cass. civ., 29 mai 1951, D.1952.53.
(181) Cour d'Angers, 4 mars 1947, D. 1948.298.

lorsqu'il se soumet en pleine lucidité à l'intervention du chirurgien, de rapporter la preuve que ce dernier a manqué à cette obligation contractuelle en ne l'informant pas de la véritable nature de l'opération qui se préparait ou en ne sollicitant pas son consentement à l'opération. »

Depuis lors, selon la majorité de la doctrine (182) et une jurisprudence constante (183), il appartient au patient d'établir que l'intervention a été pratiquée sans son consentement ou qu'il a été insuffisamment éclairé.

SAVATIER (184) a violemment critiqué l'arrêt de la Cour de Cassation précitée qu'il trouve « sommaire ». L'éminent juriste estime en effet qu'objecter les difficultés du médecin à fournir la preuve, c'est oublier que celles du patient sont encore plus grandes. On exige du malade la preuve négative (la plus difficile à rapporter) qu'il n'a pas consenti à l'opération et on néglige de considérer qu'il est la partie faible dans le contrat de soins.

B) KORNPROBST (185) analyse le problème avec plus de rigueur. Selon le célèbre jurisconsulte français, depuis l'arrêt du 20 mai 1936 (186), les tribunaux ont confondu pendant longtemps deux notions fondamentalement différentes. Appliqué au contrat de soins, le mot *consentement* est équivoque. D'une part, il désigne l'adhésion libre et éclairée du patient à l'acte médical (187). D'autre part, le consentement (au sens habituel de ce terme en matière contractuelle) est un des éléments juridiques constitutifs nécessaires à la formation de tout contrat. Dans le contrat de soins, ce consentement est donné par le patient qui, se sentant malade ou craignant de l'être, s'adresse à tel médecin pour se faire examiner et, le cas échéant, soigner. Avant même que se pose la question du consentement à un acte médical quelconque, il faut donc qu'un contrat valable ait été conclu et que l'accord des parties se soit réalisé sur l'objet du contrat : donner et recevoir des soins appropriés.

Ainsi l'obligation pour le médecin de solliciter l'adhésion du patient à un ou plusieurs actes médicaux déterminés apparaît comme une conséquence de l'accord de volontés qui a formé le contrat de soins. L'objet du contrat, fixé (le plus souvent tacitement) lors de la conclusion dudit contrat, exige ultérieurement l'acceptation de chacun des *moyens* essentiels mis en œuvre par le praticien

(182) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 429-433 ; du même auteur, Le contrat de soins, N° 220-224 ; MALHERBE, p. 116 ; BOYER CHAMMARD, p. 142.

Voir aussi DE VILLE DE GOYET, p. 16, qui cite des arrêts belges.

(183) Lyon, 17 novembre 1952, Gaz.Pal. 1953. I.57 ; Trib. civ. Seine, 23 juin 1953, Gaz.Pal. 1953.2.220 ; Cass. civ. 21 février 1961, J.C.P. 1961. 12129 (note SAVATIER) ; Cass. 1er juillet 1964, D.1964.625 ; Cass. 11 janvier 1965, D.1966.266.

(184) Note sous Cass., 29 mai 1951, D. 1954 ; du même auteur, Traité, pp. 229-230.

(185) Resp. du médecin, pp. 237, 238, 358, 360, 428 et 429 ; du même auteur, Le contrat de soins, N° 113 et 224.

Voir également KORNPROBST, « Les éléments constitutifs du contrat de soins médicaux », in Gand, Acta, p. 56.

(186) Cass. 20 mai 1936, arrêt cité à la note 176.

(187) C'est dans ce premier sens que nous entendons généralement le terme *consentement* dans le domaine de la responsabilité médicale.

pour atteindre cet *objet* (exécution du contrat). « Tant que dura cette confusion entre la formation et l'exécution de la convention par suite d'une insuffisance d'analyse », ajoute KORNPROBST (188), la doctrine et la jurisprudence mirent « à la charge du médecin la preuve que le malade avait fourni un consentement valable.

Le jour, en revanche, où on considéra l'obtention par le médecin d'une adhésion préalable du malade (non au principe de son intervention à son chevet, à son action générale correspondant à une volonté exprimée d'être soigné, mais à l'emploi de telle ou telle thérapeutique notamment) comme une obligation engendrée par le contrat de soins et découlant de son consentement, à lui, de soigner, il appartint tout naturellement au malade, en bonne logique juridique, de prouver que cette obligation n'a pas été exécutée ou qu'elle a été mal remplie. »

C) Qu'en est-il en droit suisse? LOEFFLER (189) estime que la preuve du consentement éclairé du patient incombe au médecin. Nous pensons, au contraire, en raisonnant de manière analogue à KORNPROBST, qu'il appartient au patient d'établir qu'il n'a pas consenti à tel acte médical ou qu'il a été insuffisamment informé par le praticien.

En effet, informer le patient et obtenir son consentement éclairé est une des obligations essentielles incombant au médecin en vertu du contrat de soins. Dans les cas où le patient conteste la valeur de son consentement ou estime ne pas avoir été informé de manière complète, il ne nie cependant pas l'existence d'un rapport contractuel préexistant. Or, en droit suisse, la preuve de l'inexécution d'une obligation contractuelle incombe, d'une manière générale, au créancier de cette obligation (in casu au malade) sans avoir à tenir compte de la difficulté que ce dernier peut avoir de rapporter la preuve (190). Le juge pourra, en revanche, se montrer assez souple dans l'admission de la preuve que le patient tente de rapporter et se contenter d'indices, de vraisemblances.

D'ailleurs, mettre la preuve du consentement à la charge du patient évitera de détruire le climat de confiance qui doit régner dans les rapports entre le praticien et son patient, ceci dans l'intérêt même du malade.

(188) « Le contrat de soins », N° 219-220.

(189) Op. cit., p. 17:

« Grundsätzlich ist der Arzt für das Vorliegen der Einwilligung beweispflichtig, da er sich gegenüber dem Vorwurf einer rechtswidrigen Körperverletzung darauf beruft, dass die Rechtswidrigkeit infolge der Einwilligung ausgeschlossen sei. Dabei kommt dem Arzt ein Prima-facie-Beweis zu Hilfe; denn es entspricht durchaus dem typischen Geschehensablauf, dass der Patient mit dem sachgemäss Eingriff einverstanden war; daher ist es Sache des Patienten, darzulegen, warum gerade in seinem Fall eine Einwilligung nicht vorhanden war. »

Puis, plus loin, p. 97, note 5:

« Daraus ergibt sich auch abgesehen von einem Vertragsverhältnis die Aufklärungspflicht; denn will der Arzt nicht Gefahr laufen, dass der Kranke sich später darauf beruft, dass der Arzt die Fehlerhaftigkeit seiner Einwilligung erkannt hat oder hätte erkennen müssen, so hat er zu prüfen, ob die Einwilligung des Patienten auf richtigen Voraussetzungen beruht. Dies geschieht aber gerade durch die Aufklärung des Patienten. »

(190) Il s'agit en effet d'une preuve négative.

On pourrait également soutenir que le contrat de soins est un contrat dont la substance est évolutive selon la phase dans laquelle on se trouve (consultation, traitement, etc.). Le contrat de soins médicaux peut ainsi présenter des aspects bien différents, ce qui implique à chaque fois un consentement spécial du patient à tout acte médical d'une certaine importance ou qui porte atteinte à l'intégrité corporelle du malade.

D) Les moyens de preuve

La jurisprudence et la doctrine préconisent une grande liberté d'appréciation de la preuve (191). Les tribunaux se montrent indulgents: tous les moyens de preuve sont admis (192).

La preuve par présomption est fréquente; «on déduira donc de l'attitude d'une personne la volonté à déterminer cette attitude (193)». Il appartient au juge de dégager les circonstances de l'espèce de nature à faire supposer que le consentement a été ou non suffisamment éclairé (194).

Le silence gardé par le malade, lorsqu'il se soumet en pleine lucidité à un acte médical, sera souvent un indice suffisant pour déduire l'existence du consentement du patient (195). Les tribunaux porteront essentiellement leur attention sur le comportement habituel du médecin (196), auquel le demandeur reproche de ne l'avoir pas suffisamment informé. S'il s'agit d'un praticien scrupuleux et ordinairement respectueux de la liberté fondamentale du patient, réputé pour ses usages de correction et de délicatesse, le tribunal rejettera, hormis une preuve indiscutable, l'allégation du patient.

S'il s'agit, en revanche, d'un médecin qui est connu pour prendre unilatéralement des décisions concernant le patient sans requérir son consentement ou sans l'informer suffisamment, le tribunal aura naturellement tendance à croire le patient qui se plaint de n'avoir pas été éclairé des risques qu'il courait, surtout lorsque le traitement aura échoué ou causé un dommage.

Les témoignages seront en principe acceptés, mais ils sont difficiles à interpréter; ils seront pesés par le juge d'après l'attitude des parties. De toute façon, ils sont assez rares dans le contrat médical (rapport de confiance, secret professionnel, etc.) (197).

(191) SAVATIER, Traité, p. 230, note 60: La question du fardeau de la preuve ne devrait pas systématiquement se résoudre ni contre le malade ni contre le médecin.

(192) MALHERBE, pp. 116 et 117; PHARAON, p. 19.

(193) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 434.

(194) Ibid., p. 433: «Il convient pour le juge de rechercher tous indices de nature à déterminer les circonstances et les conditions dans lesquelles l'acte médical est intervenu.»

Voir aussi Trib. civ. Seine, 23 juin 1953, Gaz.Pal. 1953.2.220; SAVATIER, Traité, p. 228; LOMBARD, p. 61.

(195) PHARAON, p. 19.

(196) MALHERBE, p. 117; SAVATIER, Traité, p. 231.

(197) SAVATIER, Traité, p. 230; KOHLHAAS, pp. 519-520.

KOHLHAAS, pp. 536-537 souligne que l'emploi par le médecin de bandes magnétiques, enregistrant les déclarations de son patient lors de la consultation, est un moyen de preuve très discutable (maquillage possible des bandes) surtout s'il se fait à l'insu du patient. Le problème s'est posé en Allemagne où les médecins sont très souvent en butte aux contestations de leur malade concernant l'information et le consentement.

Section 9. Le consentement écrit du patient

D'une manière générale, la forme écrite n'est pas utilisée pour obtenir le consentement du patient à un acte médical. En effet, comme nous l'avons déjà vu, le contrat de soins est, par nature, un contrat oral (198).

A) **Le « permis d'opérer »** (199)

LOMBARD (200) remarque qu'aux Etats-Unis les multiples contestations concernant l'information et le consentement du patient ont fini par alarmer les chirurgiens si bien que beaucoup d'entre eux exigent un accord écrit de leurs patients: c'est le fameux « permis d'opérer », sorte de déclaration signée par le futur opéré. Ce document se rapporte à l'exécution et non pas à la formation du contrat.

La plupart de ces formules de consentement (consent forms) énoncent les risques variés encourus par les patients au cours d'une opération. Afin de diminuer leur responsabilité, les médecins des hôpitaux d'Outre-Atlantique ont été ainsi amenés à multiplier ce type de formules. Il y en a une pour l'admission à l'hôpital, une pour les examens pré-opératoires, une pour l'opération elle-même, une autre séparée pour l'anesthésie, etc. Dans ces textes, on a démesurément allongé la liste des risques exposés au malade avant son opération. Si elle calme l'appréhension du médecin, cette liste doit passablement augmenter celle du malade (201).

En Europe, la plupart des médecins refusent de telles formules qui ne sont pas encore entrées dans nos mœurs et ne correspondent pas à notre mentalité.

Toutefois, il est probable qu'à l'avenir le devoir d'information deviendra une obligation toujours plus rigoureuse pour le médecin. Si, dans ces conditions, la mise en cause de la responsabilité médicale devenait chose courante, comme aux Etats-Unis, la tentation serait alors grande, chez les praticiens européens, de recourir à ce genre de formules qui constitueraient la seule preuve que l'homme de l'art pourrait fournir aux tribunaux qu'il a effectivement et complètement informé son patient.

(198) THELIN, p. 45; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 22.

(199) KOHLHAAS, pp. 519 et 520; LOMBARD, pp. 116-117; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 432-433 et Le contrat de soins, N° 24 et 226; SAVATIER, Traité, pp. 227 et 244; MALHERBE, p. 30; BOYER CHAMMARD, pp. 147 et 150; P. DOURIEZ, « Un indésirable article d'importation », dans Conc. Médic., 1952, p. 1471; R. SAVATIER, « Impérialisme médical sur le terrain du droit: le permis d'opérer et les pratiques américaines », D.1952, Chron. p. 157; NORDMAN, Le contrat d'opération chirurgicale Thèse Paris, 1939.

Voir également, sur les contrats d'adhésion, ENGEL, pp. 126 et 127, qui cite une abondante bibiographie et de la jurisprudence.

(200) Op. cit., pp. 116-122.

(201) Ibid., pp. 116-122.

B) **La valeur du consentement donné par écrit**

L'acte médical est essentiellement fondé sur la confiance du patient envers son médecin; aussi certains auteurs considèrent qu'assujettir à un écrit l'adhésion du malade à un acte médical aboutirait à diminuer, sinon à supprimer, cette confiance qui doit régner entre le patient et son médecin (202).

On peut en outre se demander si des clauses écrites (telles que le permis d'opérer), portant sur l'intégrité ou la liberté corporelle, ont une valeur juridique quelconque.

La sécurité fournie par la forme écrite est finalement plus apparente que réelle (203). Les termes de l'accord doivent être précis et complets si on veut éviter toute contestation ultérieure. La volonté clairement exprimée du patient doit se rapporter à un traitement défini dont les détails d'exécution sont prévisibles. Souvent, ce consentement écrit n'aura aucune utilité car la suite des événements se dérobe aux prévisions qui seules justifieraient la rigueur de la forme écrite. En effet, le chirurgien ne sait pas toujours ce qu'il va trouver en ouvrant le corps du patient. Ainsi le texte ne doit pas être général, du genre «j'ai été dûment informé des risques encourus», car qui pourrait alors garantir que l'information donnée verbalement au patient a été sincère et complète? La question essentielle n'est pas de savoir si le malade a consenti, mais s'il a consenti en connaissance de cause.

En outre, une formule de consentement précise et détaillée, mentionnant tous les accidents possibles, est de nature à effrayer le patient et à le faire renoncer à toute intervention chirurgicale.

C) **Le consentement écrit du patient est néanmoins utile dans certains cas**

Un consentement écrit, même très précis, est, à notre avis, concevable quand l'indication chirurgicale n'est pas impérieuse (chirurgie esthétique, stérilisation volontaire, etc.). En effet, nous l'avons vu, le médecin est tenu à une information d'autant plus détaillée des risques (même les plus anodins) que son utilité est moins évidente. L'opération ne présentant aucun caractère véritablement nécessaire, il est moins critiquable d'effrayer le patient par une énumération détaillée des accidents opératoires possibles. Notons encore que, pour ce type de chirurgie, la forme écrite peut préserver le patient de l'irréflexion ou de la légèreté dans une décision concernant un acte qui, s'il n'est pas nécessaire, n'en est pas moins parfois dangereux. Enfin, la forme écrite, là également, facilitera la conservation et l'administration de la preuve, dans les limites évoquées plus haut (204).

(202) Cf., notamment, THELIN, p. 45 et PHARAON, p. 19.

(203) THELIN, p. 45; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 436; LOMBARD, pp. 122-123; KOHLHAAS, pp. 519-520; Karl ENGISCH, Aerztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung.

(204) Cf., sur ce point, KOHLHAAS, pp. 519-520.

(205) THELIN, pp. 46 et 47; SCHNETZLER, p. 11; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 435 et 436; SAVATIER, Traité, p. 224, note 29; LOMBARD, p. 118; BOYER CHAMMARD, pp. 147 et 167.

En outre, quand un patient refuse l'opération ou des soins qui s'imposent ou quand un malade quitte un établissement hospitalier contre l'avis de son médecin traitant (205), celui-ci exige généralement une décharge écrite du patient. Une telle décharge est évidemment critiquable ; dans tous les cas, elle ne saurait exclure entièrement la responsabilité de l'homme de l'art, notamment si ce dernier a commis antérieurement une faute professionnelle ; elle peut cependant toujours valoir en tant que mode de preuve.

D) **L'interprétation du consentement écrit** (206)

Le consentement du patient donné par écrit est une déclaration de volonté. Il peut y avoir discordance entre ce qu'a voulu exprimer le médecin qui a préparé le texte et ce qu'a compris le malade, désaccord entre la volonté intime du patient et sa déclaration.

Le juge devra donc interpréter la déclaration, son contenu ; il recherchera la réelle et commune intention des parties.

Doctrine et jurisprudence s'accordent pour interpréter la déclaration de volonté à la lumière du *principe de la confiance* (Vertrauenstheorie) (207) qui permet au juge d'attribuer à la déclaration le sens que devait lui donner le destinataire, de bonne foi et raisonnablement, en tenant compte de toutes les circonstances (208), sans oublier que, dans le domaine médical, le patient est un profane.

L'interprétation littérale doit être rejetée (209). En outre, le juge tiendra compte du degré d'instruction et d'intelligence du patient. Enfin, le comportement du malade, postérieurement à la déclaration de consentement, peut également apporter des éclaircissements sur la signification réelle de ce consentement (210).

Lorsque le médecin présente à son patient une déclaration « standardisée » ou stéréotypée ou simplement lorsque c'est le médecin – ce qui est pratiquement toujours le cas – qui rédige lui-même le texte du consentement, la déclaration sera interprétée contre celui qui l'a rédigée puisqu'il s'agit de la partie forte, du spécialiste. La jurisprudence retient en effet le principe qu'une déclaration s'interprète « in dubio contra stipulatorem » (211).

L'expérience enseigne que le malade peut toujours prétendre ultérieurement n'avoir pas compris exactement tel terme et se prévaloir de sa qualité de partie faible et ignorante. Il faut bien admettre qu'il y a totale inégalité d'information technique entre le médecin et son patient.

(206) Voir notamment Von TUHR, pp. 240-245 et ENGEL, pp. 151-154, 165-171, ainsi que la bibliographie et la jurisprudence citées par ces deux auteurs.

(207) RO 95 II 320, 328 et 329 = rés JdT 1970 I 551-552 ; ENGEL, p. 167.

(208) RO 90 II 235 ss. = JdT 1965 I 138 ss. ; Von TUHR, p. 241.

(209) Von TUHR, p. 240.

(210) RO 90 II 320 ; RO 95 II 320, 326.

(211) RO 87 II 234, 242 = JdT 1962 I 206, 213 ; RO 97 II 355 ss. = JT 1972 I 375 ss ; Von TUHR, p. 243.

Section 10. Dans quelle mesure un médecin peut-il pratiquer une intervention contre le gré du patient?

A) Un patient peut toujours, nous l'avons déjà vu, refuser un traitement même absolument nécessaire. Certes, « le médecin peut tout mettre en œuvre pour convaincre son patient de la nécessité de l'intervention envisagée et des conséquences de son refus » (212); il peut même exercer une certaine pression sur le malade ou sur son entourage (213) mais il ne saurait, en principe, aller plus loin.

Si la persuasion échoue et si le patient s'obstine à refuser la thérapeutique, le médecin a alors la possibilité de répudier le contrat médical, en vertu des règles du mandat, en faisant signer au malade un acte de renonciation (214).

En effet, ce n'est pas au médecin à supporter les conséquences du refus de soins du patient.

B) Le juge SCHNETZLER, dans un remarquable avis de droit donné en juin 1966 au Chef du Département de l'Intérieur de l'Etat de Vaud, a précisé les conditions requises pour pratiquer une intervention chirurgicale contre le gré du patient. Nous pensons utile de résumer ici le contenu de cet avis de droit:

Il est impossible de déterminer avec précision, in abstracto, les cas où, sans enfreindre l'ordre juridique, le médecin peut, contre le gré du malade, pratiquer l'intervention qu'il tient pour indispensable. On peut ici seulement proposer quelques critères. « Ces critères », dit l'auteur, « nous croyons pouvoir les tirer de la doctrine et de la jurisprudence relatives à l'art. 44, al. 1, CO, qui a trait à la réparation du dommage résultant d'un acte illicite et à la faute concurrente du lésé. L'obligation de réparer le dommage peut être réduite en application de l'art. 44, pour les circonstances dont le lésé lui-même répond, soit en particulier en raison de sa propre faute concurrente (215). »

« L'intervention pratiquée par le médecin contre le gré du patient ne saurait être envisagée en dehors des cas où cette opposition peut être tenue pour fautive dans le cadre de l'art. 44 CO, c'est-à-dire en dehors des cas où l'intervention:

(212) SCHNETZLER, p. 9.

(213) SAVATIER, Traité, pp. 259 et 269: Une certaine pression physique, dans des limites très étroites, est même admise pour des actes thérapeutiques courants et non dangereux, par exemple pour amener un malade réticent à recevoir une piqûre ou à prendre un médicament inoffensif, surtout avec le concours de ses proches.

Voir aussi GARRAULT et LABORDE-LACOSTE, Le rôle du médecin et du patient quant au traitement et à l'intervention chirurgicale, dans Rev. gén. du Droit, 1926, pp. 28 ss.

(214) THELIN, p. 45: « Si le praticien rencontre une résistance de la part de son malade, ce n'est dû, la plupart du temps, qu'à un manque de confiance qu'il doit combler par son action personnelle ou par une consultation avec un confrère. S'il échoue, il ne lui reste qu'à remettre son patient en d'autres mains. Dans les cas d'urgence, où aucun consentement ne peut être raisonnablement demandé, c'est au médecin à prendre ses responsabilités; c'est là un des devoirs élémentaires de sa profession. »

Du même auteur, p. 47.

(215) SCHNETZLER, op. cit., p. 15.

1) présente un *minimum de risques*
2) ne cause *pas de souffrances notables*
3) permet de compter avec le maximum de certitude sur une *amélioration sensible et durable de l'état de santé* du patient, voire sur la complète guérison de celui-ci (...)
4) dans les *cas d'urgence* (en s'appuyant dans certaines circonstances particulières sur l'art. 127 du Code pénal), c'est-à-dire ceux où le malade est en danger de mort ou en un danger imminent pour sa santé et alors qu'aucune autre intervention, acceptée par le patient, n'est propre à parer à ce danger (216). »

« C'est toujours et en dernier ressort au médecin lui-même qu'il appartient de fixer, de cas d'espèce en cas d'espèce, au plus près de sa conscience, dans le respect de la personne du malade et compte tenu de tous les éléments qui sont en sa possession, les limites de son pouvoir d'intervention. La question de savoir si les conditions posées plus haut sont réalisées implique toujours une interprétation qui relève de la science médicale et dont le médecin, commis aux soins du malade, assume la responsabilité (...). Le médecin peut être amené à prendre une décision sur la base d'un faisceau de faits dont il est seul, au moment où il doit prendre sa décision, à pouvoir apprécier le poids et la portée (217). »

C) Les témoins de Jéhovah

A la différence des scientistes, par exemple, les témoins de Jéhovah acceptent les soins hospitaliers et les opérations, donc le recours à la médecine. Ils refusent en revanche, pour des motifs d'ordre religieux, toute transfusion de sang, le patient dût-il en mourir.

Ils portent souvent sur eux une carte contenant le texte suivant: « En cas d'accident ou d'état grave, j'accepte les soins de la thérapeutique moderne, à l'exception des transfusions sanguines ou des injections de sang ».

Or, au cours d'une opération, l'apport de sang au patient est souvent indispensable — notamment en cas d'hémorragie — pour lui sauver la vie. La transfusion incombe alors à l'anesthésiste. D'autre part, pour extravagante qu'elle puisse paraître, la crainte manifestée par les témoins de Jéhovah d'enfreindre, par l'intrusion de sang étranger dans leur organisme, une prescription impérative de leur religion, n'en est pas moins légitime (218). L'anesthésiste doit donc respecter la volonté du patient, fondée sur des motifs éminemment personnels: pratiquer sans autre une transfusion sur tel malade endormi constituerait sans doute une violation grave de la liberté individuelle.

D'autre part, il est évident qu'un anesthésiste, comme tout médecin d'ailleurs, doit pratiquer son art et prodiguer des soins conformément aux règles communément admises dans sa spécialité sous peine d'engager sa responsabilité

(216) Ibid., pp. 17-18.
(217) Ibid., p. 21.
(218) Ibid., p. 9.

civile et pénale (219). « Le médecin ne doit se laisser influencer ni par les vœux ni par les répugnances du patient (220). »

Le praticien ne peut être le subordonné de quiconque dans l'exercice de son art. Personne — pas même le patient incapable de donner des directives techniques — ne peut s'immiscer dans la direction, l'exécution ou la surveillance du traitement (à la différence, par exemple, de l'employeur dans le travail de son employé (221).)

L'anesthésiste ne peut donc pas — à notre avis — accepter de pratiquer une anesthésie en renonçant à l'avance, quoi qu'il puisse arriver, à transfuser du sang à un opéré (222). Alors quid ?

L'anesthésiste qui ne donnerait pas de sang au patient en cours d'opération, pour respecter les convictions religieuses de celui-ci, risquerait d'être poursuivi pénalement (223) au cas où l'opéré perdrait la vie. D'autre part, le médecin n'a pas le droit de passer outre aux convictions religieuses du patient. Il y a donc choc de deux volontés, de deux prétentions également légitimes.

La seule solution est donc, pour l'anesthésiste, hormis le cas d'urgence et le cas où le patient est inconscient, de refuser purement et simplement d'endor-

(219) THELIN, pp. 48 et 49.

(220) RO 62 II 276 : Le TF ajoute encore que « le fait d'avoir appliqué un traitement inapproprié pour donner suite aux conseils du patient ne libère pas le médecin de ses responsabilités ».

THILO, p. 13, rappelle que certains devoirs du médecin s'imposent à lui-même contre sa volonté ou celle du patient.

Cf., supra, notes 23 et 32 et surtout la note 30, concernant le consentement du patient à un acte médical qui ne répond pas à toutes les conditions de « normalité » et de licéité (cf. aussi IVe partie de la thèse).

Voir également Cass. civ., 7 novembre 1961, G.P., 1962.1.219 : « Un patient blessé à l'œil droit par un éclat de métal avait appelé un ophtamologiste. Ce dernier avait fait hospitaliser le malade et suturé la plaie sans recourir à une radiographie que le malade refusait. Vingt jours après, l'état s'étant aggravé, la radiographie enfin pratiquée décela la présence dans l'œil d'un éclat métallique de dimension notable, mais il fallut procéder à l'énucléation de l'œil atteint. La Cour de Cassation retint l'entière responsabilité du spécialiste et répondit à l'objection tirée de ce que le malade s'était refusé à recourir à la radiographie, qu'il appartenait au médecin convaincu de la nécessité d'un tel examen, d'exiger une constatation écrite du blessé et de se refuser à refermer et suturer la plaie. »

(221) SAVATIER, Traité, p. 247 ; PHARAON, p. 38.

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 327, note que le consentement du patient « ne signifie pas le contrôle de l'activité scientifique du médecin ».

GAUTSCHI, p. 201, rappelle que c'est le médecin et non pas le patient qui pose l'indication.

(222) Nous sommes conscient que certains anesthésistes acceptent de pratiquer une anesthésie chez un témoin de Jéhovah en renonçant, par avance, à toute transfusion de sang.

(223) Selon l'art. 127, al. 2, CPS, qui prévoit une peine de réclusion ou d'emprisonnement pour celui qui, « ayant la garde d'une personne hors d'état de se protéger elle-même ou le devoir de veiller sur elle, l'aura abandonnée alors qu'elle se trouvait en danger de mort, ou en danger grave ou imminent pour sa santé ».

SCHNETZLER, pp. 8 et 25-26, note, à juste titre, que cet article (127 CPS) oblige l'anesthésiste à transfuser du sang, en cours d'opération, s'il y a une nécessité vitale (Notfall) pour le patient à recevoir du sang, parce qu'à ce moment, le patient endormi n'a plus de volonté. Mais cet article n'autorise pas le médecin à contraindre un malade conscient à recevoir du sang.

Ainsi le médecin-anesthésiste qui donne du sang au malade, pendant l'opération, par nécessité vitale, n'effectue pas, comme on le prétend généralement, une gestion d'affaires (art. 419 CO), car il ne gère pas l'affaire d'autrui conformément « aux intentions présumables du maître » qui est ici de ne point recevoir de sang, même au risque de sa vie. Il accomplit un devoir de fonction ou de profession (art. 32 CPS) dont l'omission constituerait le délit prévu à l'art. 127 CPS.

mir un témoin de Jéhovah qui exige la renonciation à toute transfusion sanguine (224). De deux choses l'une:

1) Ou le patient renonce à l'intervention chirurgicale et se passe de l'aide des médecins ce qui est — nous l'avons déjà vu — son droit le plus strict.

2) Ou le patient, nonobstant ses convictions religieuses, accepte d'être soigné par un praticien conformément aux règles de l'art généralement admises, sans vouloir imposer une technique particulière ou *négocier* les modalités de l'acte médical. Le malade qui réclame le secours de la médecine et accepte le traitement préconisé reconnaît implicitement, à notre avis, la légitimité des méthodes et des règles de cette médecine (225).

Notons encore que très souvent, les témoins de Jéhovah proposent à l'anesthésiste qui va les endormir de lui signer une déclaration dans laquelle ils reconnaissent avoir prié instamment celui-ci de renoncer à toute transfusion de sang et qui déchargerait le médecin de toute responsabilité en cas d'accident ou de décès dus au fait que, se conformant aux vœux du patient, l'anesthésiste se serait abstenu de lui donner du sang.

Cette décharge n'a évidemment aucune valeur juridique et ne protège donc pas l'anesthésiste: une clause de non responsabilité concernant une faute qui compromet la vie, la santé, l'intégrité corporelle est nulle car l'ordre public est engagé (226).

A fortiori, cette décharge est également nulle si, étant donnée par un proche, elle concerne un enfant, un conjoint ou un parent.

(224) C'est aussi l'opinion de KOHLHAAS, notamment, (op. cit., p. 519).

(225) MALHERBE, p. 30; M. LOERPER, L. JUSTIN-BESANÇON et R. TURPIN, «les conditions morales de l'étude clinique de l'intérêt thérapeutique des nouveaux médicaments», communication au 1er Congrès international de morale médicale, T.I des travaux du Congrès, p. 167.

(226) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 438: «Le médecin ne peut rejeter sur le malade au prétexte d'une adhésion totale, les erreurs et les fautes que son devoir était d'éviter; cette adhésion ne couvre que les risques inhérents à l'acte médical, sainement accompli et non la violation des règles de la profession ou de la technique établie.»

Ibid., p. 442: Les clauses d'irresponsabilité, valables pour d'autres contrats, ne peuvent être valides en médecine.

«Il faut refuser un effet quelconque à la convention par laquelle un malade déchargerait de toute responsabilité, ou même d'une part d'avance établie des responsabilités, son médecin ou son chirurgien, alors même que le traitement ou l'opération seraient entrepris à la demande expresse et même écrite du client. La vie, l'intégrité physique et la santé sont des biens trop précieux et trop sacrés pour qu'un tiers, quel qu'il soit, puisse s'exonérer par avance du dommage fautif qu'il leur porterait.»

SAVATIER, Traité, p. 289: «Les clauses de non responsabilité sont interdites pour les fautes délictuelles, notamment celles qui compromettent l'intégrité de la personne humaine.»

DE VILLE DE GOYET, p. 4.

Lyon, 27 juin 1913, D.1914.2.73.

GAUTSCHI, p. 327: Le consentement du patient ne libère pas le médecin si l'acte médical est illicite, sans indication valable (zweckenlos) ou contraire aux règles de l'art.

Section 11. Des conséquences juridiques possibles du refus de recevoir des soins

A) Peut-on considérer que le patient qui refuse de subir une opération ou de suivre un traitement commet dans certains cas une faute ? « A notre époque, la question est devenue plus complexe, car, en raison de la multiplicité des rapports humains, *l'obligation à la santé*, pour reprendre l'expression de SAVATIER, existe en fait, sinon vis-à-vis de soi-même, du moins vis-à-vis de celui ou de ceux dont la dette contractée peut se trouver diminuée si le malade (ou l'infirme demandeur) consent à recevoir des soins diligents et appropriés (227). »

En effet, le patient peut ne pas être la seule victime de son défaut de docilité aux prescriptions de son médecin et la responsabilité du malade peut être engagée de ce chef envers des tiers. Toutefois, il faut être très nuancé : le patient reste toujours libre de refuser une opération mutilante et dangereuse (228), sans encourir aucune responsabilité, même à l'égard des tiers.

B) La Cour de Chambéry (229) a jugé que « si la victime d'un accident dont les lésions persistantes pourraient être améliorées par une intervention chirurgicale, use d'un droit incontestable en refusant de s'y soumettre lorsqu'une telle opération n'est pas exempte de risques — et dans ce cas l'auteur responsable doit l'indemniser du préjudice actuel sans qu'il soit tenu compte, dans l'évaluation, de l'amélioration que l'opération serait susceptible d'apporter — il en va différemment lorsque cette opération est simple et sans risque sérieux. Dans ce cas, le refus opposé par la victime constitue une faute dont elle doit supporter les conséquences et on ne doit alors lui allouer qu'une indemnité proportionnelle à l'incapacité qui aurait subsisté après l'opération, sans gravité, préconisée ».

Le professeur DURRY (230) estime que si une personne, blessée peu gravement par la faute d'autrui, néglige les soins d'usage et qu'une infection se déclare, « le dommage que subit la victime lui est au moins autant imputable qu'à l'auteur de l'accident initial ». Encore faut-il se mettre d'accord sur la portée des soins.

Selon KORNPROBST (231), aucune intervention, aucun traitement ne saurait être pratiqué, en principe, que du consentement de la victime de l'accident et, surtout, dans le seul intérêt de son amélioration physique et morale. Le droit de refuser tout traitement, toute opération ou toute rééducation douloureuse doit être légitimement reconnu à chacun.

(227) MALHERBE, p. 177 ; SAVATIER, Traité, p. 270.

(228) SAVATIER, Traité, p. 270, qui cite de la jurisprudence (note 172).

Voir aussi KORNPROBST, « Le refus par la victime d'un accident de subir une opération améliorante peut-il entraîner une réduction de l'indemnité réparatrice ? », dans Presse Médicale, 29 novembre 1968.

(229) Trib. de Grande Instance de Laval, 13 février 1967, D.1968.39, note Max Le Roy.

Voir aussi Chambéry, 22 décembre 1947, D. 1948.172.

(230) Gaz.Pal. 1966.1.375 ou Rev.Dr.Civ. 1966.806.

(231) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 269. L'auteur, aux pages 269 à 277, réfute l'opinion contraire de certains auteurs français. Voir aussi MALHERBE, pp. 178-179.

« Si la victime d'un accident », ajoute encore KORNPROBST (232), « doit se laisser examiner et éventuellement hospitaliser, suivre des traitements externes (hydrothérapiques, électrothérapiques ou même radiothérapiques), qui ne présentent aucun risque, si même le blessé doit consentir à une intervention qui met à nu le siège de la lésion, à tout nettoyage de plaie, à toute incision complétant en somme un pansement, à une injection de sérum antitétanique, en revanche, on ne peut contraindre un ouvrier dont la blessure est consolidée, bien ou mal, à subir une nouvelle opération chirurgicale ni à se soumettre à un traitement supplémentaire dont le but ne serait que d'augmenter sa capacité de travail restante (taux d'invalidité inférieur). Mais, surtout, ni le patron (233), ni son assureur (234) ne sont recevables à introduire une action en révision contre un ancien ouvrier en arguant d'une amélioration que rendrait possible une nouvelle intervention chirurgicale, même banale et sans gravité. »

En définitive, la question de la faute éventuelle commise par celui qui refu. e de se soumettre à une opération sera donc résolue différemment, selon qu'il s'agit d'une opération bénigne ou d'une intervention douloureuse, présentant un risque notoire pour la vie ou la santé et dont le résultat est incertain.

La doctrine et la jurisprudence française (235) suggèrent donc une distinction : celle entre *la période immédiatement consécutive à l'accident* (où il est normal d'en limiter les conséquences dans l'intérêt premier de la victime) et *celle où les blessures sont consolidées*. « Il est, en effet, évident que la victime d'un accident qui, au lendemain de celui-ci, se refuse à une amputation indispensable du pied, est au moins partiellement responsable si, par suite de gangrène, elle a dû être amputée de la jambe entière, alors que l'opération primitivement envisagée et d'ailleurs indispensable, ne rentre pas dans la catégorie des soins ou traitements bénins ou ne comportant aucun risque. Mais si l'état est consolidé et si une intervention est susceptible de l'améliorer, alors la notion de risque (d'ailleurs difficile à apprécier) (236), peut reprendre son empire. Le refus de la victime de se soumettre, sur la demande du débiteur d'indemnités, à de nouvelles manipulations qu'elle redoute, même si elles sont de nature à améliorer son état, est

(232) Le Contrat de soins, N° 124 et 125. Le même auteur, dans « Resp. du médecin », pp. 270 et 271, cite une abondante jurisprudence (notes 71-72).

(233) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 271 (note 73).

(234) Ibid., pp. 273 et 275.

(235) MALHERBE, p. 181.

(236) Cf., article de KORNPROBST, précité (note 228) :

« Comment apprécier le caractère sérieux d'un risque ? Un certain subjectivisme ne se manifeste-t-il pas inévitablement de part et d'autre, dans cette appréciation... S'il est exact que les techniques chirurgicales actuelles ont réduit au maximum le risque opératoire, il n'empêche que ce risque est une réalité quotidienne... faut-il considérer la fréquence du risque ou la gravité des conséquences en cas d'échec ? »

Mais c'est l'emploi du mot *faute* dans le jugement du Tribunal de Laval qui a suscité les plus vives réactions du commentateur : « Certaines appréhensions ne sont-elles pas respectables, certaines craintes justifiables, certaines fuites devant la souffrance physique bien connues chez des sujets par ailleurs énergiques et lucides ? »

Et le problème se complique encore par l'incidence du *pretium doloris* incontestablement accru... N'est-ce pas d'autre part à l'accidenté à recueillir tout le profit d'une intervention chirurgicale dont il a couru le risque, « sans que l'auteur de l'accident ou son assureur puisse prétendre partager avec lui le prix du sang et un élément de cette personne humaine que le droit place hors commerce ».

en définitive au nombre des risques dont reste chargé l'auteur responsable de l'accident. »

C) En droit suisse, selon l'art. 44, al. 1, CO, le juge peut réduire les dommages-intérêts ou même n'en point allouer lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits, dont elle est responsable, ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur.

Ici apparaît la *faute concomitante du lésé*. Cette faute n'est pas la violation d'un devoir envers autrui, mais une attitude imprudente que tout homme raisonnable aurait dû et pu éviter dans son propre intérêt. A l'occasion de l'acte illicite commis par l'auteur, le lésé a lui-même manifesté un comportement critiquable, par exemple, en ne prenant pas les mesures pour atténuer les effets de l'acte ou pour limiter le dommage. On parle parfois d'acceptation du risque. Dans la plupart des cas, la gravité respective des torts de l'auteur du dommage et de la victime se présente de manière nuancée (237).

Mais le lésé a-t-il, en droit suisse, le devoir de se soumettre à une opération chirurgicale propre à réparer ou à atténuer le préjudice qu'il a subi ? La réponse nous semble, dans une certaine mesure, positive.

En effet, la jurisprudence admet ce devoir du lésé si l'intervention n'est pas trop douloureuse ou risquée, si on peut en attendre une sûre amélioration de l'état de la victime et si le responsable en avance les frais (238). Si le lésé s'y refuse, sans motif valable, le juge peut retenir le degré d'invalidité qui aurait probablement été celui du lésé après l'intervention ou le traitement ; pour calculer cette diminution effective, il faut évidemment tenir compte de toutes les circonstances (239).

Section 12. Effets de l'absence de consentement du patient au traitement

L'absence de consentement libre et éclairé du patient constitue en principe une faute du médecin, hormis certains cas que nous avons déjà examinés (urgence, incapacité physique du patient, vaccinations obligatoires, etc...) (240).

(237) Von TUHR, p. 94 ; OFTINGER, I, p. 137 ss ; DESCHENAUX et TERCIER, Resp. civile, pp. 85-86.

(238) RO 57 II 61, 67-68 = JdT 1931 I 162 ; RO 61 II 130 = JdT 1935 I 504 ; RO 81 II 512 = JdT 1956 I 237.

(239) DESCHENAUX et TERCIER, op. cit., p. 225.

Von TUHR, p. 94 : « Dans chaque cas spécial, il faut se demander quelles mesures le lésé a l'obligation de prendre pour écarter ou atténuer le dommage ; ce ne sont en tout cas que celles qu'un homme raisonnable prendrait dans son propre intérêt et jamais des mesures qui comportent un danger considérable, en particulier pour la santé ou la vie du lésé. On ne peut exiger que le propriétaire d'une maison incendiée par la faute d'un tiers expose sa vie pour préserver sa maison. Le propriétaire d'une chose menacée par le chien d'autrui n'est pas tenu de s'exposer au risque d'être mordu. On est souvent en désaccord sur les limites de la faute concomitante lorsque le lésé pourrait augmenter sa capacité de travail ou même la recouvrer complètement en subissant une opération et qu'il refuse de s'y soumettre, estimant plus commode et plus agréable de recevoir une indemnité pour son incapacité totale de travail. Une telle attitude est critiquable du point de vue de l'intérêt général et peut par conséquent, à titre de faute concurrente, justifier une réduction de la rente. Cependant, l'atteinte à l'intégrité corporelle est une affaire si personnelle que l'intérêt de celui qui a l'obligation de réparer le

Le risque inhérent à tout acte médical, normalement supporté par le patient, est transféré et passe à la charge du praticien (241). Toutefois, si le défaut de consentement implique une faute contractuelle, il n'entraîne pas *ipso facto* une responsabilité à la charge du médecin, ni une réparation civile. Il faut que le malade ait subi un préjudice (242). « Le médecin répondra des suites fâcheuses d'un traitement dont il aurait pris l'initiative à la place du malade, sans l'avertir ou l'éclairer (243). »

L'absence de consentement sera plutôt une circonstance aggravante qui appellera réparation si l'opération ou la thérapeutique appliquée échouent, au moins pour une large part (244), même si le traitement choisi par le médecin était en soi indiqué et fut appliqué selon les règles de l'art (245).

dommage ne peut être considéré comme déterminant. Aussi bien on limite assez étroitement le devoir du lésé de se faire opérer; il n'est tenu de se soumettre à une intervention chirurgicale que si elle n'offre pas de danger et ne cause pas de souffrances notables, si l'on peut compter avec certitude sur une amélioration sensible et si le débiteur fait l'avance des frais d'opération.

(240) Cf. notamment SAVATIER, Traité, p. 291.

(241) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 438; du même auteur, Le contrat de soins, N° 231; BOYER CHAMMARD, p. 148; GAUTSCHI, pp. 178 et 179; Von TUHR, p. 68, N° 1 (casum sentit dominus).

(242) SCHNETZLER, p. 5: Le traitement médical refusé par le patient et appliqué contre son gré a le caractère d'une atteinte à l'intégrité corporelle, soit au principe constitutionnel de la liberté individuelle.

SAVATIER, Traité, p. 229: « La responsabilité civile apparaîtrait d'abord en cas d'échec du traitement décidé unilatéralement par le médecin, s'il en résultait pour le malade des souffrances ou une infirmité inutiles, à plus forte raison s'il avait entraîné la mort. Elle pourrait jouer même en dehors d'un échec proprement dit, si le malade, auquel il aurait appartenu de choisir seul entre deux atteintes à son intégrité, ne ratifiait pas le choix du médecin. Cependant, le médecin n'encourrait pratiquement aucune responsabilité civile, ni pénale, si on ne pouvait lui reprocher un préjudice: c'est le cas lorsque la décision prise par lui, sans l'aveu du patient, a sauvé la vie de ce dernier, même moyennant un sacrifice de son intégrité corporelle, ou a préservé une partie majeure de son corps moyennant un sacrifice évidemment beaucoup moindre. »

Du même auteur, p. 299.

KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 229.

(243) SAVATIER, traité, p. 259.

(244) LOMBARD, p. 168; POMMEROL, p. 31; KORNPROBST, le contrat de soins, N° 229

(245) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 438:

« On pourrait dire que l'absence d'adhésion ou d'assentiment du malade transfère au praticien les risques de l'opération ou du traitement qu'il décide seul et fait perdre à l'homme de l'art l'irresponsabilité qui couvre l'acte médical malheureux, lorsqu'il se conforme à la fois « aux donnés acquises de la science et à celles de l'humanisme médical ».

Du même auteur, pp. 443-444: « De fait, ce qu'on reproche au médecin, c'est moins le défaut de consentement du malade que l'absence de démarches faites pour l'éclairer et l'obtenir, ou passer outre. S'il avait été averti, le malade, dans un très grand nombre de cas, aurait accepté l'opération ou le traitement. Le préjudice n'existe que dans la mesure où le malade aurait refusé et il est vraiment trop facile de venir, après coup, soutenir le contraire; si, d'autre part, le malade confirme a posteriori la décision prise par le médecin, ce qui est fréquent, il n'y a plus de place pour une responsabilité de ce dernier basée sur l'absence de consentement. »

Voir aussi note SAVATIER, D. 1948.298.

Cf. GARRAUD et LABORDE-LACOSTE, le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement, N° 26, p. 45: Les auteurs, à juste titre, estiment que le défaut d'assentiment du malade n'est jamais en soi une cause du dommage.

LOEFFLER, p. 16:

« Fehlt die Einwilligung und liegt auch kein Fall einer die Rechtswidrigkeit ausschliessenden negotorium gestio vor, so haftet der Arzt für den durch seinen rechtswidrigen Eingriff adäquat verursachten Schaden, auch wenn ihm ein sonstiges Verschulden nicht zur Last fällt, also auch wenn der Eingriff angemessen war, und er ihn vollkommen kunstgerecht vorgenommen hat. »

Notons encore que, lorsque le traitement réussit, il peut toutefois y avoir préjudice dans le cas suivant:

Une autre intervention, moins mutilante, moins douloureuse, plus simple eût produit le même effet, à moindre frais, ou un simple traitement de consolidation aurait donné un résultat identique (246).

Section 13. La valeur du consentement est quelque peu illusoire

A) Le consentement du patient doit, selon la doctrine et la jurisprudence, être accordé avec discernement; or ce discernement est souvent très limité (247).

Seul le praticien est capable, en principe, de voir toutes les données du problème. Malgré les efforts de vulgarisation de la médecine, les connaissances du patient restent très superficielles. Il ignore généralement la véritable nature de son mal et ne connaît rien des techniques et des remèdes que le médecin se propose de lui appliquer, comme aussi des autres techniques et remèdes qui pourraient entrer en ligne de compte.

L'anxiété ou les souffrances provoquées par la maladie brouillent en outre la lucidité du patient, d'autant plus qu'un bien précieux est en jeu (la vie, la santé, l'intégrité corporelle) (248).

Ces différents éléments empêchent le plus souvent le malade de prendre une authentique et véritable décision. La complexité de la science médicale restreint le bien-fondé du consentement. Le moins qu'on puisse dire est que le consentement du patient n'est en rien comparable à celui de deux hommes d'affaires concluant un contrat de vente par exemple (249).

B) Le consentement formel à un acte médical ne joue vraiment un rôle important que lorsqu'il s'agit d'un acte chirurgical. A tort ou à raison, le malade a moins conscience d'un danger inhérent à une thérapeutique purement médicamenteuse qui ne lui paraît pas menacer son intégrité corporelle (250).

Les difficultés commencent si le traitement préconisé constitue une menace à l'intégrité anatomique, physiologique ou esthétique du consultant, notamment si une opération présente un « certain caractère d'irréversibilité » (par exemple une ablation d'organe) (251).

(246) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 438; du même auteur, Le contrat de soins, N° 230.

(247) THELIN, p. 43.

(248) THELIN, p. 43; DEBRAY, pp. 173; BRUNHES, p. 39; MALHERBE, p. 14;, KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 15 et 131; SAVATIER, Traité, p. 228; LOMBARD, p. 118; Roger AMSLER, Le médecin et le public si avide de connaissances médicales, dans, le Concours Médical, 30 juin 1956, 3053; M. LOEPER, Sur l'information médicale du grand public, ibid., 3121; J. SAVATIER, La profession libérale, p. 280; ABEL, op. cit., p. 114; JOUBREL, op.cit., p. 133; ARRIGHI DE CASANOVA, op.cit., p. 158.

(249) LOMBARD, p. 161.

(250) THELIN, pp. 41-42.

(251) Ibid., p. 43.

En outre, le consentement du patient sera plus facile à obtenir si l'opération proposée jouit d'une «bonne réputation» dans le public (appendicectomie par opposition, par exemple, à une résection de l'estomac) (252).

C) La valeur du consentement varie selon les conditions dans lesquelles il est requis. S'il s'agit d'une *opération élective*, le médecin a tout le temps d'informer, de convaincre et de préparer son malade. Dans le cas d'une *opération urgente*, le temps presse et le médecin n'a généralement pas la possibilité d'instruire le patient sur la nature d'un danger ou d'un mal dont lui-même n'a d'ailleurs pas toujours pu identifier la cause exacte. Le malade «signe un chèque en blanc» (253).

D) La liberté du patient — notamment le libre choix du médecin — souffre de nombreuses limitations pratiques ou légales (254) dues notamment:
— à la socialisation de la médecine,
— au rôle toujours plus important des assurances privées et des assurances sociales,
— à la déclaration obligatoire de certaines maladies, aux vaccinations obligatoires, à la médecine préventive.
— à la médecine hospitalière et à l'exercice collectif de la médecine (équipes, groupes, etc.),
— au morcellement de la médecine en de multiples spécialités,
— aux techniques de pointe, à l'existence d'équipes hautement spécialisées (chirurgie cardiaque par exemple).

Ces divers phénomènes entraînent la disparition partielle de la notion de «contrat médical» et d'autonomie de la volonté. «Le rapport patient/médecin est de plus en plus remplacé par le rapport malade/médecine (255).»

«C'est finalement à une discipline plus qu'à des personnalités que l'homme moderne demande sa guérison». Quand le patient choisit un spécialiste, il sera davantage guidé dans son choix par les qualités et les compétences de ce spécialiste que par des affinités personnelles (256).

Dès lors la vraie liberté du malade se situe dans le choix du premier médecin auquel il accordera toute sa confiance pour l'orienter dans le milieu médico-chirurgical et pour être son interprète auprès des spécialistes ou du chirurgien (257).

E) La pratique apprend que le patient, lorsqu'il se trouve en face d'une décision difficile à prendre, d'un dilemme, même s'il a été correctement informé par le médecin, exprime souvent le vœu de laisser carte blanche au praticien, ce qui

(252) THELIN, pp. 43-44; DEBRAY, pp. 228-231.
(253) SAVATIER, Traité, pp. 19, 236 et 239; LOMBARD, pp. 90-92 et 162; DEBRAY, pp. 205-208; MALHERBE, pp. 117-120; THELIN, p. 120.
254 LOMBARD, p.89
(255) Ibid., p. 98.
(256) MALHERBE, p.118.
(257) HAMBURGER, p. 104.

est finalement assez logique vu la complexité de la médecine. En outre, en présentant les données de sa décision au patient, le médecin l'influencera, même inconsciemment (258).

F) Une partie de la littérature et de la jurisprudence — surtout étrangère — a manifestement exagéré la portée et le rôle du consentement donné par le malade (259). Pour être éclairé, le malade est censé recevoir la totalité des arguments pour et contre le traitement prévu. De telles conceptions méconnaissent les données réelles du problème. On a certainement poussé trop loin le raisonnement par analogie avec les notions courantes du droit des obligations (260); les juristes n'ont pas tenu compte de la nature particulière de l'acte médical. Ainsi certains arrêts français ont suscité l'étonnement justifié du corps médical de ce pays.

Aussi serait-il plus exact de remplacer le mot de « consentement » par celui d'« assentiment » ou d'adhésion comme le propose DEBRAY (261).

G) **Conclusions**

Si l'on admet que le malade est souverain juge et seul maître de la décision — comme le droit allemand actuel — on se heurte à des obstacles insurmontables, qui vont à l'encontre de son intérêt le plus immédiat, le plus certain (262).

Si c'est le médecin qui est le maître absolu, « on en arrive à traiter le malade pour sa fonction sociale plus que pour lui-même et c'est à brève échéance l'abus » (263).

Admettre franchement que le médecin soit seul responsable et qu'il puisse non seulement agir comme bon lui semble mais encore dire ce qui lui plaît (en matière d'information) telle était la solution, toute empreinte de « paternalisme médical », que retenait, au XIXe siècle, le Code de déontologie (264).

Il ne faut pas se bercer d'illusions: aucune solution n'est pleinement satisfaisante et les contestations concernant le consentement et l'information éclairée du patient seront toujours plus nombreuses, d'autant plus qu'elles sont indépendantes de la compétence et du dévouement du praticien. Aussi nous rallions-nous volontiers à l'opinion du professeur Louis PORTES qui nous paraît la plus judicieuse:

(258 THELIN, p. 42; DEBRAY, p. 175; BRUNHES, p. 192; PHARAON, p. 138; BOYER CHAMMARD, p. 132.

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 373, relève que « la rigueur avec laquelle les tribunaux exigent un consentement des malades aux traitements et aux opérations qu'ils subissent a atteint ses plus extrêmes possibilités et ne saurait désormais être accrue sans iniquité (...) pour le corps médical dont, sur ce point, la tâche est aussi rude intellectuellement que moralement et matériellement ».

(259) THELIN, p. 42.

(260) Op. cit., p. 234.

C'est ce qu'a fait notamment la Cour de Cassation dans un arrêt important déjà cité (Cass. civ., 29 mai 1951, Gaz. Pal. 1951.2.114).

(261) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 206.

(262) Ibid., N° 206.

(263) LOMBARD, p. 167.

« L'acte médical est un drame à deux personnages. L'égalité de droit subsiste, mais l'égalité de fait a disparu surtout avec la médecine moderne. Aucun subterfuge juridique, aucun mythe social, aucune hypocrisie ne peut masquer cette inégalité des forces en présence si bien que la seule définition sincère et humaine de l'acte médical, sous l'éclairage psychologique, s'exprime ainsi : tout acte médical normal n'est, ne peut être et ne doit être qu'une confiance qui rejoint librement une conscience (265). » Et une compétence, ajouterons-nous.

(264) Louis PORTES, op. cit., pp. 155 ss.

Auteurs favorables à l'opinion de Louis PORTES : Voir notamment KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 212 ; MALHERBE, p. 111 ; DEBRAY, p. 173.

Contra : SAVATIER, Traité, pp. 22-23, qui parle, à propos de cette formule, de « paternalisme » et d'« impérialisme médical » dont la tendance est de traiter le malade en être mineur, incapable de tout pouvoir de décision.

Cf. également du même auteur :

« Au confluent de deux humanismes : Entente et mésentente entre médecins et juristes », dans Conc. méd. 7 janvier 1956, p. 61 et « Impérialisme médical sur le terrain du droit », Chron. D. 1952, p. 157.

(265) L. PORTES, A la recherche d'une éthique médicale, Masson, éd., Paris 1954, cité par DEBRAY, pp. 173-174.

Chapitre IV

Les obligations du médecin [1]

Avant d'aborder l'étude des conditions (2) de la responsabilité contractuelle, il sied d'analyser brièvement le contenu des obligations du médecin découlant du contrat de soins.

Section 1. Les obligations du mandataire selon le Code des Obligations

Dans le titre XIII réservé au mandat, le CO ne consacre que le seul article 398 à la responsabilité du mandataire:

« La responsabilité du mandataire est soumise, d'une manière générale, aux mêmes règles que celles du travailleur dans les rapports de travail.

Le mandataire est responsable envers le mandant de la bonne et fidèle exécution du mandat.

Il est tenu de l'exécuter personnellement, à moins qu'il ne soit autorisé à le transférer à un tiers, qu'il n'y soit contraint par les circonstances ou que l'usage ne permette une substitution de pouvoirs. »

L'art. 398 CO renvoie donc aux art. 321a, al. 1, et 321e concernant les obligations du travailleur (3).

Art. 321a, al. 1: « Le travailleur exécute avec soin le travail qui lui est confié et sauvegarde fidèlement les intérêts légitimes de l'employeur. »

Art. 321e: « Le travailleur répond du dommage qu'il cause à l'employeur intentionnellement ou par négligence.

La mesure de la diligence incombant au travailleur se détermine par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis, ainsi que des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître. »

(1) Nous analyserons les obligations du patient au chapitre VIII, section 8, concernant le dommage, en abordant la faute concurrente du lésé.

Notamment la causalité, la faute et l'existence d'un dommage (cf., infra, chapitres VI à VIII).

(3) GAUTSCHI, p. 380; ROSENSTIEL, FJS N° 846, Resp. civ. du médecin, p. 2; DESCHENAUX, La resp. civile du médecin et de ses auxiliaires, dans Bulletin des médecins suisses, N° 26, du 28 juin 1972, pp. 865 et 866.

Voir aussi RO 53 II 424.

Section 2. Le contenu du contrat de soins

Suppléant à l'absence de règles légales ou contractuelles précises, la jurisprudence détermine finalement le contenu du contrat médical (4).

Ce n'est pas au créancier à apporter la preuve du contenu du contrat proprement dit, c'est-à-dire des obligations qu'il impose : le juge déduit des éléments de fait qui ont été allégués, puis prouvés, que tel contrat a été conclu ; il connaît le droit et l'applique (*Jura novit curia*). Cela va de soi pour les contrats réglementés par la partie spéciale du CO (5).

Il en va de même pour les contrats innommés ou pour les contrats qui présentent des particularités (comme le mandat lorsqu'il s'agit de contrat médical) : le TF a précisé quelles étaient les obligations découlant du mandat pour le médecin en l'absence de dispositions particulières de la loi, ou d'un contrat oral ou écrit entre les parties qui fixeraient ces obligations mutuelles (6). En effet, le contenu du contrat de soins n'est pratiquement jamais négocié, discuté ou même déterminé par les cocontractants.

Comment interpréter et, le cas échéant, compléter les contrats innommés ? La loi et la convention étant muettes, se pose alors le problème de l'élaboration des règles devant leur être appliquées. « C'est en dernier lieu le juge qui entre en lice et fait œuvre de législateur (pouvoir créateur du juge), se laissant guider, comme pour tout contrat innommé, par divers fils conducteurs (7) » :

1) Les principes généraux du droit (bonne foi, *pacta sunt servanda*, égalité juridique, etc.).
2) Les règles de la partie générale du CO.
3) L'analogie avec un contrat nommé.
4) La doctrine et la jurisprudence suisses et étrangères.
5) Les usages de la branches considérée, *in casu*, notamment, la déontologie médicale et l'avis des experts (8).

(4) THELIN, p. 29 ; PHARAON, pp. 133, 135 ; CUENDET, p. 12.

(5) GAUTSCHI, p. 202 : La nature du service pour lequel le mandataire a été pressenti fixe le contenu du mandat.

(6) THELIN, pp. 28-29 : « Les tribunaux établissent à la longue une jurisprudence étendue d'où l'on peut extraire, à la condition qu'elle reste constante, un certain nombre de règles générales intéressant les relations entre médecins et patients.

La jurisprudence supplée ainsi peu à peu à l'absence de relations contractuelles précises. »

PHARAON, p. II :

« L'étude de la responsabilité médicale est essentiellement une étude jurisprudentielle. Mais la jurisprudence médicale seule n'est pas suffisante et doit être complétée par les solutions du droit commun. En outre, la jurisprudence se compose d'un ensemble disparate et incohérent où le travail du juriste se réduit à un travail de synthèse, afin de dégager la solution de principe introduite par les tribunaux. »

(7) CUENDET, p. 12 ; ENGEL, p. 129.

(8) L'usage ne doit pas être contraire à l'ordre juridique ; le juge peut refuser, avec beaucoup de prudence dans le domaine médical où il est un profane, de consacrer un usage qu'il estime contraire aux règles de la prudence (CUENDET, p. 91 ; ENGEL, p. 312 ; SAVATIER, Traité, p. 18).

« Du fait qu'un abus est très répandu, il ne cesse d'être un abus. » (RO 57 II 61 = SJ 1931, pp. 241 ss ; RO 83 II 27).

Section 3. L'obligation principale du médecin

A) Selon KORNPROBST (9), toutes nuances mises à part, le médecin a trois obligations essentielles:

1) **éclairer** le patient (10);
2) lui fournir des **soins appropriés**, donc conformes aux usages professionnels et aux règles de l'art;
3) **se taire** (secret professionnel);

B) La prestation du médecin consiste en l'accomplissement d'un service, d'une activité, d'une action: c'est une obligation de *faire*.

Le patient est en droit d'attendre davantage de son médecin que d'un homme d'affaires, d'un employé ou d'un entrepreneur. Le malade compte légitimement sur l'empressement et le dévouement de celui auquel il confie sa personne (11). En se soumettant à l'homme de l'art, le patient, ignorant, recourt en fait aux soins d'un homme qui se distingue du profane par sa science et son expérience: le médecin est un « professionnel » qui s'est spécialisé dans une branche de l'activité humaine (12).

Contrairement à la présomption de l'art. 68 CO, l'exécution personnelle est la règle dans le mandat (art. 398, al. 3, CO) tant la prestation du mandataire est liée à ses capacités et à ses compétences: la personne de l'obligé est essentielle et les parties contractent généralement *intuitu personae* (13).

Le principe que les soins médicaux sont personnels doit cependant s'adapter aux nécessités pratiques: le recours à des auxiliaires pour les soins courants est admis. Toutefois la prescription, la direction et la surveillance des soins incombent toujours au médecin.

(9) «Le contrat de soins», N° 193.
Notons que le médecin a encore beaucoup d'autres obligations:
a) Il doit s'assurer que les règles d'hygiène et de prophylaxie soient respectées.
b) Le praticien a des obligations «administratives»: établissement de certificats, de rapports dont la production est prescrite par la loi ou exigée par la vie sociale.
c) Il a des obligations qui relèvent de la courtoisie et du savoir-vivre dans les rapports confraternels.
d) Il a des obligations qui relèvent de l'exercice d'une profession libérale:
indépendance financière
interdiction de la dichotomie (partage d'honoraires)
interdiction des procédés commerciaux (publicité, réclame)
interdiction du compérage.
e) Notons enfin qu'en droit français, l'art. 63, al. 2, du Code pénal, punit quiconque s'abstient volontairement de porter, à une personne en péril, l'assistance qu'il pourrait lui prêter hormis le cas de force majeure. La jurisprudence (Cass. 31 mai 1949) a décidé qu'il s'agissait là d'une obligation de service public et que cet article du Code pénal s'appliquait également au médecin.
(10) Nous avons déjà examiné cette obligation, supra, au chapitre III, section 4. Nous n'y reviendrons donc pas.
(11) THELIN, pp. 50-51; ENGEL, p. 498.
(12) PHARAON, p. 54.
(13) Von TUHR, pp. 427-429; ENGEL, p. 414.
(14) GAUTSCHI, pp. 409-414 et p. 416; ENGEL, p. 414.

En outre, le médecin peut se faire remplacer par un confrère, notamment s'il doit s'absenter (14).

Le principe « ultra posse nemo obligatur » (à l'impossible nul n'est tenu) veut que les obligations personnelles trouvent leur limite dans ce que le débiteur peut faire étant donné son état physique ou mental et dans ce que, d'après nos conceptions morales, on peut exiger de lui dans l'intérêt du créancier (15). En règle générale, le débiteur n'est pas tenu d'accomplir des actes nuisibles à sa santé ou dangereux pour sa vie, excédant ses forces physiques, nerveuses ou morales (16), « à moins que ces actes soient considérés comme un risque d'exploitation nécessité par l'intérêt commun et par conséquent admissible », ce qui est le cas du médecin (17).

C) Dans un arrêt célèbre (18) du 20 mai 1936, « qui constitue la pierre angulaire de toute la matière du contrat médical » (19), la Cour de Cassation française a précisé l'obligation générale du médecin :

> « Il se forme entre le médecin et son malade un véritable contrat comportant pour le praticien, l'engagement sinon bien évidemment de guérir le malade,... du moins de lui donner **des soins, non pas quelconques**,... mais **consciencieux et attentifs** et, réserves faites de circonstances exceptionnelles, **conformes aux données acquises de la science** (20). La violation, même involontaire de cette obligation contractuelle, est sanctionnée par une responsabilité de même nature également contractuelle. »

La doctrine (21) et la jurisprudence françaises (22) ont adopté cette définition de l'obligation essentielle du médecin qui nous paraît effectivement la meilleure possible (23).

Nous pourrions encore ajouter, pour la compléter, que le médecin doit donner des soins conformes non seulement aux données acquises de la science, mais

(15) Von THUR, p. 40; ENGEL, p. 70.

(16) ENGEL, p. 14.

(17) Von THUR, p. 40..

On peut se demander, par exemple, si une femme médecin, enceinte, peut refuser une thérapeutique indispensable au patient, mais impliquant des radiations dangereuses pour sa propre grossesse.

(18) Cass.civ., 20 mai 1936, D.1926.1.88 ou Gaz.Pal. 36.2.41.

(19) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 166.

(20) C'est nous qui soulignons.

(21) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 147-148; BRUNHES, p. 24; SAVATIER, p. 212; BOYER CHAMMARD, pp. 76-77.

(22) Req. 15 juin 1937 et 1er juillet 1937 = Gaz.Pal. 1937.2.411; Cass.civ. 18 octobre 1937, D.H. 1937.549; Cass.civ. 18 janvier 1938, S.1939.1.201; Paris 18 octobre 1949, Gaz.Pal. 1949.2.401; Cass.civ. 1er juillet 1958, D. 1958.600; Cass.civ. 31 mai 1960, J.C.P. 1961.II.914.

Cf. aussi, Cass. 30 octobre 1967:

« Le chirurgien ne répond des soins qu'il a été appelé à donner à un malade que si, eu égard aux données actuelles de la science, aux règles consacrées par la pratique médicale, l'imprudence, la négligence ou l'inattention qui lui sont imputées révèlent une méconnaissance certaine de ses devoirs. »

En Belgique, voir aussi Trib.civ de Bruxelles, 6 février 1946.

(23) LOMBARD, pp.34-36 et p. 48 trouve la formule de la Cour de Cassation du 20 mai 1936 « naïve, fâcheuse, mal exprimée et trop théorique ».

également à ses *données actuelles*, ceci afin d'éviter de favoriser uniquement la routine au détriment des innovations inhérentes à la science médicale qui évolue vite. Ainsi les données acquises sont celles qui sont entrées dans la pratique courante et ne sont pas trop audacieuses ou téméraires. Les données actuelles sont celles qui ne sont pas démodées et qui supposent, de la part du praticien, de se tenir perpétuellement au courant des nouvelles découvertes de la médecine (24).

D) La jurisprudence du Tribunal fédéral (25) et la doctrine suisse spécialisée (26) ont défini de la manière suivante l'obligation essentielle du praticien:

Le médecin doit agir consciencieusement, avec diligence, en observant les «principes généralement admis et communément suivis de la science médicale». Le praticien doit examiner soigneusement son patient, «en y mettant tout le temps et l'attention que requiert cet examen». Il doit établir un diagnostic et prescrire un traitement qui corresponde au diagnostic ainsi posé, en se conformant aux règles de l'art, en l'état actuel de la science médicale.

E) L'obligation du médecin comporte ainsi trois volets (27):

1) Le praticien est tenu d'abord à toutes les obligations générales de prudence et de diligence imposées au commun des hommes, plus particulièrement à tout contractant (28). De par sa profession, le médecin a encore deux obligations spécifiques à remplir:

2) Les soins doivent être consciencieux, attentifs et diligents. C'est l'aspect éthique que des non médecins (juge, profane) peuvent fort bien apprécier. Le médecin doit se conformer à l'humanisme médical, source première de ses devoirs de conseil et d'assistance (respect de la personne humaine) qui se rattache à son ministère et à la déontologie. L'homme de l'art peut certes invoquer la nature particulière de l'acte médical, notamment son aspect conjectural et aléatoire, pour que sa responsabilité soit, sinon atténuée, du moins «aménagée», à condition toutefois qu'il ait fait preuve de dévouement, de diligence, qu'il ait accompli tout ce qui dépend de lui, sans compter son temps, pour réduire l'aléa (29).

3) Les soins doivent être conformes aux données acquises et actuelles de la science, aux règles de l'art. C'est l'aspect scientifique et clinique qui est de la

(24) Dans le même sens: BOYER CHAMMARD, pp. 77, 91, 120 et DEBRAY, p. 35.

(25) RO 18, p. 392; RO 34 II 36 = JdT 1908 I 357; RO 53 II 300; RO 57 II 202 = JdT 1932 I 78; RO 64 II 205 = JdT 1938 I 567; RO 66 II 36 = JdT 1940 I 298; RO 70 II 207 (rés); JdT 1944. I 199 = SJ 1945, 197 et 200-201.

(26) THILO, pp. 15, 16 et 29;, THELIN, pp. 22-23 et 49; LŒFFLER, p. 95; GAUTSCHI, p. 381; CUENDET, p. 127;, ROSENSTIEL, FJS N° 8, p. 4.

Voir aussi SCHNETZLER, p. 10: «Le devoir du médecin (...) consiste à déterminr ou à apprécier l'état physique et psychique des malades confiés à ses soins, soit notamment à poser un diagnostic et à prescrire les moyens thérapeutiques propres à la conservation ou au rétablissement de leur santé, c'est-à-dire à instituer un traitement.»

(27) SAVATIER, Traité, p. 240; FROGÉ, p. 19; BOYER CHAMMARD, pp. 89-90; DESCHENAUX, op.cit. (note 3), p.866.

(28) PHARAON, p.136; BOYER CHAMMARD, p. 89.

(29) THELIN, pp. 58-59; PHARAON, p. 89; BOYER CHAMMARD, p. 89.

compétence presque exclusive des experts. Le médecin exerce une technique dont il doit connaître les règles pour y conformer sa conduite. Il met au service de ses malades les connaissances qu'il a acquises au cours de sa formation professionnelle. L'existence des qualités scientifiques du praticien est présumée par son diplôme (30).

Section 4. Le secret professionnel (31)

A) Le fondement du secret médical

Le secret professionnel est une obligation très importante du médecin; il est le corollaire de l'investigation étendue et nécessaire du praticien sur le patient et de la liberté du malade (32). Le médecin est un « confident nécessaire » auquel on ne doit rien cacher, parce qu'il a besoin de tout savoir pour poser un diagnostic et appliquer un traitement adéquat (33). Le devoir de discrétion est dicté d'abord par la morale professionnelle (34).

(30) BOYER CHAMMARD, pp. 89-90.

(31) Sur ce sujet, le lecteur intéressé pourra notamment consulter:

a) *en droit suisse:* Ph. GRAVEN, Le secret médical, dans Médecine et Hygiène, N° 1171, du 26 novembre 1975, pp. 1729-1740, article dont nous nous sommes largement inspiré pour rédiger le texte de cette section; THILO, pp.41-46; GAUTSCHI, pp. 77, 352, 365-368; LOGOZ, Commentaire du CPS, ad art. 320 et 321, pp. 772-784; ROSENSTIEL, Resp. civile du médecin, FJS N° 846, p. 6; H. OTT, le secret médical et l'intérêt public, dans Bulletin des médecins suisses, N° 19, du 8 mai 1974, pp. 719-720; Karl APPERT, Secret médical et mass media, dans Bulletin des médecins suisses, N° 19, du 8 mai 1974, pp. 720-725; du même auteur, Le secret médical et l'ordinateur en médecine, dans Bulletin des médecins suisses, N° 19, du 8 mai 1974, pp. 711-715; Heinz Walter BLASS, Die Berufsgeheimhaltungspflicht der Ärzte, Apotheker und Rechtsanwälte, thèse Zurich 1943; F. WUHRMANN, Ärztliche Schweigepflicht und Versicherung, dans Bulletin des médecins suisses, du N° 8, du 25 février 1976, pp. 266-268; R. BERNHARD, Aktenbeschlagnahme im Prozess und Berufsgeheimnis, dans Bulletin des médecins suisses, N° 22, du 4 juin 1975, pp. 846-847; CLERC, Secret professionnel, FJS N° 33; HEIM, Le secret médical dans le CPS, thèse Lausanne, 1944, du même auteur, Le secret de l'expert médical, dans JdT 1952 IV 98; RUSSEK, Das ärztliche Berufsgeheimnis, thèse Zurich, 1954.

b) *en droit français:* R. FLORIOT et R. COMBALDIEU, Le secret professionnel, Flammarion, 1973; Robert VOUIN, la violation du secret médical, dans Instantanés médicaux, 1973, (Bull. mensuel publié par l'encyclopédie médico-chirurgicale), pp. 108-109; du même auteur, Secret médical: le secret de l'expert, dans Instantanés médicaux, 1973, pp. 180-181; P.-J. DOLL, Le médecin expert face au secret médical, dans J.C.P. 1972.1.2502, N° 25; du même auteur, La jurisprudence face au principe du secret médical, dans Rev.Dr.pén., 1972.309, et les arrêts cités; DEBRAY, pp. 84, 182-185, 212-216, 241-244; SAVATIER, Traité, pp. 273-287; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 350-395; du même auteur, Resp. du médecin, pp. 85-93; LOMBARD, p. 171-216; BOYER CHAMMARD, pp. 216-230; L. DÉROBERT, Droit médical et déontologie médicale, pp. 173-270.

c) *en droit allemand:* KOHLHAAS, pp. 482-506.

(32) THELIN, p. 38; SAVATIER, Traité, p. 211; J. VIDAL et J.-P. CARLOTTI, Les raisons morales du secret, Rapport au 1er Congrès international de morale médicale, T.I des travaux du Congrès, p. 49.

(33) THILO, p. 42; KORNPROBST, le contrat de soins, N° 350; Pasteur VALLERY-RADOT, médecine à l'échelle humaine (Librairie Arthème Fayard).

(34) LOGOZ, Commentaire du CPS, ad art. 321, p. 777; Règles et usages de la SVM, ch. 108; Principes de déontologie établis par la Chambre des Médecins (canton de Vaud), du 7 juin 1962, art. 10.

ROSENSTIEL, Resp. du médecin, FJS, N° 846, p. 6: «La plupart des sociétés cantonales de médecine prescrivent le secret professionnel comme une règle traditionnelle.»

Le contrat de soins est « la principale source de l'obligation du médecin de garder le secret (35) »; le patient est en quelque sorte créancier de ce silence. Ainsi, la violation du secret professionnel peut engager la responsabilité civile du médecin qui s'en rend coupable (36).

L'ordre public est la seconde source du secret professionnel (37); la violation du secret médical tombe sous le coup de la loi pénale. L'art.321. ch. 1, al. 1, du Code pénal, qui vise à protéger l'intérêt public (38), a la teneur suivante:

> « Les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes, ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis de l'emprisonnement ou de l'amende. »

Les auteurs divergent sur le fondement essentiel de la sanction pénale de la violation du secret médical (39). Pour GRAVEN (40), l'obligation de respecter le secret professionnel n'est pas dictée principalement dans l'intérêt du malade, mais dans l'intérêt public.

(35) SAVATIER, Traité, p. 274.

(36) LOGOZ, Commentaire du CPS, ad art. 321, p. 777; SAVATIER, Traité, pp. 286-287; THILO, p. 42.

Cf. art. 41ss et 40 CO; art. 28 CCS.

Cf. aussi RO 44 II 325; RO 45 II 543.

(37) GRAVEN, op.cit., p. 1730.

SAVATIER, Traité, p. 276, précise que « l'ordre public est étroitement attaché au ministère confié par la société au médecin ». Puis, plus loin, SAVATIER note que le secret professionnel « peut s'imposer au médecin en dehors même du contrat ».

GAUTSCHI, p.348: « Der Arzt bricht die Schweigepflicht nach erfolgreicher Durchführung einer schwierigen Operation. Der Schaden resultiert nicht aus der Auftragausführung, sondern aus der Verletzung der Persönlichkeitsphäre des Patienten. »

(38) H. OTT, Le secret médical et l'intérêt public, dans Bulletin des médecins suisses, N° 19, du 8 mai 1974, p. 719.

(39) H. OTT, op.cit., p. 721; K. APPERT, Le secret médical et l'ordinateur en médecine, p. 714.

(40) Op.cit., p. 1730. L'auteur ajoute encore: « Le désir de sauvegarder les intérêts du patient n'est évidemment pas étranger à l'art. 321, dont le but n'est pourtant pas de réprimer les atteintes à la vie privée que le médecin commet en dévoilant des faits relatifs à la sphère intime du malade (RO 91 I 204). Certes, le Code pénal peut avoir pour effet de protéger « l'intimité de la personne » (RO 87 IV 108) et peut donc épauler l'art. 28 CCS. qui garantit le respect de la personnalité, dont l'inviolabilité de la vie privée est un attribut (RO 44 II 322). Toutefois, l'intérêt personnel que l'art. 321 veut défendre n'est pas la vie privée, mais la *santé du malade*. Pour recevoir les soins que son état exige, le patient doit en effet renseigner le médecin aussi complètement que possible. S'il avait à craindre que ses confidences ne fussent divulguées, il serait condamné à un silence préjudiciable au traitement médical et partant, nuisible à la santé. L'art. 321 CP doit donc assurer, relève le Tribunal fédéral, que le malade s'exprimera librement, comme cela est nécessaire à la bonne exécution du mandat (RO 75 IV 74). Outre la santé individuelle, l'art. 321 CP protège aussi et surtout l'intérêt général au bon exercice de la profession médicale et par là en dernière analyse, *la santé publique*. » (...) « Quand un médecin trahit le secret qui lui a été confié, c'est le public tout entier qui souffre de ce manque de foi, car, dans la crainte d'indiscrétions, on pourra hésiter à recourir aux médecins et la santé publique sera compromise. La confidence s'adressant, du reste, moins à l'homme qu'à la profession elle-même, il importe de protéger le secret contre toute révélation indiscrète. L'indiscrétion dont

B) **Les personnes astreintes au secret médical**

L'art. 321 CPS exige le silence des médecins et de leurs auxiliaires.

a) L'application de cet article dépend ainsi « d'abord de la qualité de celui qui parle et non de la nature du fait révélé. Mais cette qualité n'est pas définie par la loi, qui ouvre ainsi la porte aux hésitations, à la casuistique et aux controverses (41) ».

Il ne faut pas se référer aux définitions du droit public ou administratif cantonal (42) mais considérer ainsi que l'art. 321 CPS s'applique à tout membre d'une profession médicale ou auxiliaire (paramédicale) qui viole son devoir de discrétion (43).

Certains auteurs (44) estiment cependant qu'il serait conforme à la ratio legis d'étendre l'application de l'art. 321 CPS « à toutes les personnes qui ont des activités touchant directement le corps humain ou la santé, c'est-à-dire non seulement aux membres de professions médicales et auxiliaires, mais encore à des personnes telles que psychologues, psychothérapeutes, cadres ou personnel de laboratoires d'analyses médicales ».

Or, le Tribunal fédéral a clairement établi que la disposition pénale « détermine d'une façon limitative le cercle des auteurs, qu'elle ne saurait être comprise autrement et qu'on ne saurait parler d'une lacune de la loi » (45). D'ailleurs la doctrine l'entend généralement ainsi (46).

b) « On entend par *médecin*, formellement, le titulaire d'un diplôme de médecine, suisse ou étranger et, matériellement, toute personne ainsi diplômée qui

le médecin se rend coupable est un danger public, indépendamment des conséquences fâcheuses qu'elle peut avoir pour la personne dont le secret est trahi. »

RO 87 IV 108 ss.: Selon le TF, l'art. 321 CPS vise à « faciliter, dans l'interêt public, l'exercice des professions qui y sont indiquées; sa ratio réside dans l'idée que lesdites professions ne peuvent s'exercer normalement et correctement que si elles inspirent au public une indispensable confiance dans l'homme du métier, moyennant de sérieuses garanties de discrétion (...). Même le fait que le délit est poursuivi sur plainte ne démontre pas la prépondérance de l'intérêt privé protégé sur l'intérêt public, parce qu'il y a concours de ces deux intérêts. (...). L'intérêt protégé est avant tout public ».

Cf. Règles et usages de la SVM, ch. 108: « Le secret médical est indispensable à l'établissement et au maintien de relations de confiance entre malade et médecin. »

H. OTT, op.cit., p. 721; Karl APPERT, Le secret médical et l'ordinateur en médecine, dans Bulletin des médecins suisses, N° 19, du 8 mai 1974, p. 714.

Voir aussi J. VIDAL et J.-P. CARLOTTI, op.cit., note 32; NOLL, Das ärztliche Berufsgeheimnis, Rapport au V^e Congrès international de droit comparé, 1958, p. 236; HEIM, dans JdT 1952 IV 104.

(41) GRAVEN, op.cit., p. 1731.

(42) Ibid., p. 1731. L'auteur estime en effet qu'on s'exposerait alors à des erreurs, car la notion pénale de médecin ou d'auxiliaire ne coïncide pas toujours avec celle de membre d'une profession médicale ou auxiliaire, comme le montre la législation genevoise en la matière. »

(43) Ibid., p. 1731.

(44) Cf., entre autres, NOLL, op.cit., p. 241.

(45) RO 83 IV 197.

(46) GRAVEN, op.cit., p. 1731-1732 qui ajoute encore: « Le chiropraticien ou le masseur indiscret qui ne possède pas un diplôme de médecin et pratique à titre indépendant n'est pas pénalement punissable, puisque le texte clair de l'art. 321 exige que l'auteur soit un médecin ou l'auxiliaire d'un médecin, c'est-à-dire une personne qui assiste un médecin ou collabore avec lui. Inversement, le droit cantonal, qui ne range pas le secrétariat médical parmi les professions auxiliaires, interdirait de punir la secrétaire trop bavarde, alors qu'elle doit de toute évidence être considérée comme l'auxiliaire d'un médecin. »

exerce une activité de nature médicale, consistant notamment à examiner, expertiser ou traiter l'état physique ou mental de personnes humaines, à mettre des enfants au monde ou à pratiquer des autopsies (47).»

c) La définition de *l'auxiliaire* est malaisée. La doctrine a adopté une interprétation stricte de cette notion (48). On peut tout de même retenir trois caractéristiques générales de l'auxiliaire (49):

1) Un auxiliaire est une personne qui aide le médecin.
2) L'activité de l'auxiliaire n'est pas nécessairement de nature médicale, mais «elle se rattache toujours à une activité de ce type».
3) L'auxiliaire, même s'il accomplit des actes de nature médicale, ne jouit pas à cet égard de la liberté de décision ou de l'autonomie propres au médecin.

Certains cas ne prêtent pas à discussion. Sont évidemment des auxiliaires «toutes les personnes qui accomplissent, à titre professionnel, des actes de nature médicale sur les instructions ou sous la direction d'un médecin, tels les membres du personnel soignant ou le personnel technique d'un laboratoire de pathologie ou d'un service de radiologie (50)».

d) La situation est en revanche plus complexe pour les personnes qui apportent un certain concours au médecin dont l'activité contribue, dans une mesure plus ou moins directe, au bien-être des malades et à la bonne marche de l'institution. Ces personnes ne se trouvent pas nécessairement en rapport avec les malades et elles ne participent pas à l'acte médical; elles peuvent cependant apprendre, en raison des fonctions qu'elles remplissent, des faits secrets touchant les patients: ce sera notamment le cas de la femme de ménage du médecin, du jardinier ou du cuisinier d'une clinique (51).

(47) GRAVEN, op.cit., p. 1733, qui précise encore: «Peu importe que cette activité s'exerce à titre habituel ou occasionnel et qu'elle soit ou non rénumérée; il n'y a pas lieu, par exemple, d'exclure de l'art. 321 le médecin retraité qui révélerait un secret appris en soignant gracieusement une personne blessée dans un accident dont il a été témoin. En revanche, le titulaire d'un diplôme de médecin qui ne pratique pas sa profession et ne peut donc par définition apprendre un secret dans l'exercice de celle-ci, n'est pas lié par le secret médical.» L'opinion de GRAVEN nous paraît très discutable. En effet un étudiant en médecine peut constater une affection chez un patient qu'il ne soigne pas personnellement. Or, pas plus qu'un médecin installé, cet étudiant n'aura le droit de divulguer sa constatation.

Voir aussi LOGOZ, Commentaire du CPS, ad art. 318, p. 767, ch. 2 et ad art. 321, p. 779, litt. e, qui note que «savoir ce qu'est un médecin au sens de ces deux articles du CPS est une question controversée dans la doctrine»; cf. également la bibliographie citée par l'auteur.

(49) LOGOZ, op.cit., pp. 779-781.

(49) GRAVEN, op.cit., p. 1732.

(50) Ibid., p.1732: «sont également des auxiliaires quand leurs services sont requis par un médecin, tous ceux qui ont une activité médicale ou paramédicale, notamment les psychologques, psychothérapeutes, physiothérapeutes, masseurs médicaux, infirmières privées ou employés d'un laboratoire d'analyses médicales; le législateur, en effet, a clairement entendu conférer à ces personnes la qualité d'auxiliaires «pour autant que, par une ramification quelconque, par une extension (elles font) œuvre scientifique avec le médecin. Sont enfin des auxiliaires les personnes qui, sans accomplir d'actes touchant le corps ou la santé des malades, occupent à titre professionnel un poste qui les place habituellement au contact direct des patients, tels la secrétaire d'un médecin ou la réceptionniste d'une clinique.» (...) «N'est pas un auxiliaire, au sens de l'art. 321, le particulier qui prête une assitance occasionnelle à un médecin, par exemple en rapport avec un accident de la circulation routière.»

Pour ne pas interpréter trop extensivement la portée de l'art. 321 CPS, il faut examiner « non pas tant l'étendue des responsabilités confiées à ces personnes, que la nature des tâches qu'elles accomplissent et le degré d'intimité de ces personnes avec l'activité médicale (52) ». Seule la jurisprudence pourra, en tenant compte des circonstances de chaque cas d'espèce, tracer ici des limites convenables (53).

C) Etendue du devoir de discrétion

Le terme de *secret*, qui se retrouve dans plusieurs articles du Code pénal, « ne peut faire l'objet d'une définition uniforme » (54). Cependant, on peut retenir, d'une façon générale, que « le secret consiste dans la possession exclusive de la connaissance de certains faits, jointe à la volonté du maître du secret d'en rester seul possesseur ou du moins d'en interdire la révélation à d'autres qu'à certaines personnes (55) ». Il ne peut s'agir que d'un secret *confié* (56) à l'une des personnes désignées par la loi (art. 321 CPS) *en vertu de sa profession*, ou dont cette personne a eu connaissance *dans l'exercice de celle-ci* (57).

Le devoir de discrétion ne s'étend pas aux faits notoires – auxquels la doctrine assimile ceux qui ressortissent à la sphère sociale de l'individu et que quiconque pourrait apprendre sans difficultés particulières, tel son nom, son âge,

(51) Ibid., p. 1732.

(52) GRAVEN, op.cit., p. 1732, donne le critère suivant : « La question devrait donc être de savoir si les tâches considérées sont si étroitement liées à l'exercice de la profession médicale qu'elles impliquent normalement l'accès à des secrets intéressant les patients, de sorte que la crainte d'une éventuelle indiscrétion des personnes chargées de ces tâches pourrait retenir le malade de se livrer au médecin ; dans l'affirmative, ces personnes devraient être tenues pour des auxiliaires, car leur discrétion est un élément dont dépend la confiance du patient dans le médecin et la confiance du public dans la profession médicale. Ce critère conduirait naturellement à exclure de la catégorie des auxiliaires, la femme de ménage d'un médecin, le jardinier d'une clinique ou le cuisinier d'un hôpital. »

Voir aussi NOLL, op.cit., p. 241.

ROSENSTIEL, Resp. du médecin, FJS, N° 846, p. 6 : Le devoir de secret s'étend aux auxiliaires du médecin (infirmières, laborantines, assistants), c'est-à-dire, selon la doctrine suisse, aux collaborateurs directs et qualifiés du praticien qui ont une obligation spécifique de se taire attachée à leur profession.

(53) LOGOZ, op.cit., p. 780

(54) GRAVEN, op.cit., p. 1734.

(55) LOGOZ, op.cit., ad art. 320, p. 773, ch. 2.

(56) « Confié », c'est-à-dire communqiué d'une façon telle que la discrétion s'impose (LOGOZ, op.cit., p. 774)

(57) LOGOZ, op.cit., ad art. 321, p. 778 ; GRAVEN, op.cit., p. 1733.

Cf. aussi RO 75 IV 73 ss concernant le secret médical : « Geheimnis... ist alles, was der Patient dem Arzt zwecks Ausführung des Auftrages anvertraut oder was der Arzt in Ausübung seines Berufes wahrnimmt. » GRAVEN, op.cit. p. 1734, trouve cette définition malheureuse ; « prise à la lettre, elle retirerait son utilité au mot secret, puisque *tout* ce que le médecin apprendrait ès qualités serait nécessairement secret ; elle donnerait d'autre part à penser que le médecin peut révéler les confidences à lui faites dans un but étranger à l'accomplissement de son mandat. Le Tribunal fédéral précise néanmoins que le médecin n'est pas tenu de garder le secret sur des faits qui sont connus de tout le monde, car il apparaît d'emblée que le patient n'a aucun intérêt à les tenir cachés de n'importe qui. Il n'est pas inéquitable d'exiger du médecin qu'il garde secrets tous les autres faits. Une telle extension de son devoir de discrétion est dans son propre intérêt ; en effet, cela le dispense d'examiner si, et dans quelle mesure, un tiers qui demande des précisions est déjà renseigné. »

Cf., encore, infra, p. 122, alinéa 2 à 4.

son adresse ou sa profession – l'intéressé eût-il même expressément défendu au médecin d'en faire état (58).

Le secret médical concerne **tout** secret ; il recouvre donc non seulement les confidences du patient, mais aussi les constatations – médicales ou non – du praticien (59). Tout ce que la loi exige, concernant le contenu de la révélation, c'est qu'il ait « un caractère confidentiel et que le médecin en ait eu connaissance ès qualité (60) ».

> « Quand ces deux conditions sont réalisées, il est indifférent que la révélation concerne *le malade ou un tiers* (61) et, si elle se rapporte au malade, qu'elle vise son état, les soins qu'il a reçus, son comportement à l'endroit du médecin ou une circonstance médicalement incolore (62). »

A notre avis, il faut admettre que le secret s'étend également aux constatations que le médecin a pu faire grâce à ses connaissances professionnelles en dehors de l'exercice de sa pratique médicale. Dans ce cas, la responsabilité de l'homme de l'art sera exclusivement délictuelle.

D) La violation du devoir de discrétion

Toute révélation du secret, sauf si elle est obligatoire ou autorisée par la loi, est illicite (63) « sans égard à sa forme, à son moment ou à son destinataire » (64).

(58) Cf. GRAVEN, op.cit., p. 1734 et la bibliographie citée par l'auteur aux notes 38 et 40. Selon GRAVEN, « il serait déraisonnable d'appliquer l'art. 321 au médecin qui révèle, par exemple, que son patient dort avec la fenêtre ouverte, déteste les épinards ou porte des chaussettes percées. Avant de parler, le médecin se rappellera que la notion du secret professionnel ne doit pas être interprétée restrictivement et se demandera donc s'il peut objectivement exister, à la non-révélation, un intérêt tel que l'indiscrétion constituerait une espèce d'abus de la confiance du maître du secret. Dans l'affirmative ou le doute, il doit se taire ; dans la négative, il peut parler sans tomber sous le coup de la loi, et ce, non parce qu'il bénéficie du consentement présumé de l'intéressé, mais parce que le contenu de la révélation ne constitue pas un secret, au sens de l'art. 321 CP »

(59) GRAVEN, op.cit., p. 1734 qui ajoute : « Le médecin doit taire en outre tous les secrets qu'il apprend dans l'exercice de sa profession, qu'ils soient ou non connus du patient et qu'ils le concernent ou non. Peu importe la source de cette connaissance (constatations faites sur la personne ou au domicile du malade, dossier médical, etc.), dès lors qu'il existe un rapport organique entre l'exercice de la profession et l'accès au secret. Un tel rapport fait naturellement défaut s'agissant, par exemple, de ce que le médecin apprend dans une conversation mondaine ou observe alors qu'il se rend chez un patient. »

Cf. Règles et usages de la SVM, chiffre 108.

SAVATIER, Traité, pp. 281 et 282 : « Le secret concerne tout ce que le médecin a pu voir, entendre,comprendre ou même déduire dans l'exercice de sa profession. »

KORNPROBST, le contrat de soins, No 355, 356 et 364 ; DEBRAY, p. 86.

LOGOZ, commentaire du CPS, ad art. 321, p. 778, et ad art. 320, p. 774.

(60) LOGOZ, op.cit., p. 774.

GRAVEN, op.cit., pp. 1733-1734 : L'art. 321 ne vise pas la révélation de secrets appris par le praticien « dans des circonstances exorbitantes de l'activité professionnelle », donc à titre privé.

(61) Le médecin qui interrompt la grossesse d'une patiente mariée, mais enceinte des œuvres d'un tiers, doit taire tant l'interruption même que l'adultère de la patiente et la paternité de l'amant (cf. GRAVEN, op. cit., p. 1734).

SAVATIER, op.cit., p. 276 : « Il profite aux tiers dont le médecin, du fait de son activité, a pénétré l'intimité. »

(62) GRAVEN, op.cit., p. 1734.

Révéler un secret, c'est le *rendre accessible à autrui*, le partager avec un tiers de quelque manière que ce soit (65). « La notion de révélation du secret englobe toutes les sortes de communications, soit orales, soit écrites ; elle vise également la remise de documents ou d'autres objets, lorsque cette remise est de nature à trahir le secret (66). »

Le concept de révélation doit s'interpréter largement (67). Le médecin peut violer son devoir de discrétion non seulement par action, c'est-à-dire en communiquant un secret à autrui, mais aussi par abstention, c'est-à-dire en omettant les précautions propres à éviter qu'un tiers n'ait accès au secret (68).

La notion de révélation n'implique pas que le secret soit rendu accessible à un grand nombre de personnes (69). Elle n'implique pas davantage que le destinataire de la révélation ait ignoré le secret ; ainsi, le médecin est astreint à la discrétion « même à l'égard d'une personne qui connaît déjà le fait confié ou appris. Une communication à une telle personne équivaut à une confirmation, qui pourrait ne pas être du goût du malade (70) ».

(63) Le délit de l'art. 321 ne peut être qu'intentionnel, la négligence ne suffit pas; en outre, il n'est pas poursuivi d'office, mais que sur plainte du lésé. La peine légale est l'emprisonnement ou l'amende, le cumul étant toujours possible (LOGOZ, op. cit., SAVATIER, op. cit., pp. 780-781, ch. 5 à 7).

(64) GRAVEN, op.cit., p. 1735; LOGOZ, pp.774-775, ch. 4a).

(65) Ibid., p. 1735.

(66) RO 75 IV 74.

Cf. aussi, sur les relations du médecin avec la presse, la radio et la télévision, Karl APPERT, « Secret médical et mass media, dans Bulletin des médecins suisses, N° 19, du 8 mai 1974, pp. 720-725.

(67) GRAVEN, p. 1735.

KOHLHAAS, pp. 484, 485 et 490:

le simple fait de révéler qu'une femme ait consulté un gynécologue peut déjà, dans certains cas, constituer une violation du secret.

La divulgation peut résulter d'un simple geste, d'un sourire, d'un haussement d'épaule, etc...

Dans les publications scientifiques ou les conférences médicales, il faut éviter tout indice permettant de reconnaître le malade sur une photographie ou une diapositive (yeux bandés, flou, etc.).

DEBRAY, p. 213, notes 28 et 216, rappelle qu'un certificat médical ne doit pas mentionner de diagnostic mais seulement une incapacité de travail totale ou partielle ainsi que la durée probable de celle-ci.

(68) GRAVEN, op.cit., p. 1735: L'auteur note cependant que l'abstention sera rarement punissable, puisque l'art. 321 réprime exclusivement la révélation consciente et volontaire (intentionnelle) et ne sanctionne pas la négligence. On peut néanmoins se demander jusqu'où ces précautions doivent être poussées. Il n'est évidemment pas question, par exemple, d'exiger du médecin qu'il aménage des salles d'attente individuelles de manière que ses divers patients ne se rencontrent pas. (...) Le seul fait que le patient se rende chez un médecin en sachant qu'il a des chances d'y être vu par des tiers ou qu'un malade hospitalisé n'exige pas que son nom ne figure pas sur la porte de sa chambre, ne devrait cependant pas mener à la conclusion que le médecin peut impunément faire état auprès de quiconque de la visite ou de l'hopitalisation, au motif que celle-ci ne constituent pas un secret. »

L'auteur se demande encore « si l'interdiction de révéler un secret professionnel, sous quelque forme que ce soit, n'emporte pas pour le médecin l'obligation juridique de mentir en certaines circonstances ; prié, par exemple, de dire s'il traite M. Dupont, ne doit-il pas, lorsque la chose est exacte, répondre par la négative plutôt que d'invoquer le secret professionnel, ce qui pourrait constituer une espèce de révélation indirecte? ».

LOGOZ, op.cit., ad art. 320, p. 775, ch 4a.).

(69) GRAVEN, op.cit., p. 1735.

(70) La circonstance que le destinataire soit déjà informé ne suffit évidemment pas à convertir un secret en fait notoire.

Voir aussi H. OTT, op.cit., p. 723; RO 75 IV 74.

En outre, la révélation demeure punissable, selon l'art. 321, ch. 1, al. 3, CPS, alors même que le détenteur du secret n'exerce plus sa profession ou que la personne intéressée au maintien du secret est déjà morte au moment de la révélation (71).

En conclusion, le médecin est astreint au secret envers n'importe quel tiers, autre que le malade lui-même (72).

E) Les révélations justifiées

Le devoir de discrétion n'est pas absolu. L'art. 321 CPS prévoit «quatre faits justificatifs spéciaux» qui, selon la doctrine dominante (73), font de la révélation du secret un acte licite au sens de l'art. 32 CPS: le consentement de l'intéressé; la permission écrite de l'autorité supérieure ou de l'autorité de surveillance; l'obligation spécialement prescrite par une loi fédérale ou cantonale de renseigner une autorité ou de témoigner en justice. La légitimité de ces exceptions est incontestable (74).

(71) GRAVEN, op.cit., p. 1735:

«Le médecin est donc lié par son devoir de discrétion *sa vie durant* et peut être poursuivi tant en raison des révélations faites avant, mais découvertes après sa retraite, que des révélations qu'il ferait alors qu'il a cessé de pratiquer, par exemple en écrivant ses mémoires. Peu importe en outre que la personne intéressée au maintien du secret ne soit plus en vie au jour de la révélation; seule se pose, dans ce dernier cas, la question de savoir qui a qualité pour déposer la plainte exigée par l'art. 321 et déclencher ainsi la poursuite.»

LOGOZ, pp. 775, ch. 4, litt.a et 780, ch. 4.

RO 87 IV 107.

F. WUHRMANN, Aerztliche Schweigepflicht und Versicherung, dans Bulletin des médecins suisses, N° 8, du 25 février 1975, p. 266.

SAVATIER, Traité, pp. 277 et 278; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 365.

(72) GRAVEN, op.cit., p. 1735:

«Il va de soi que le médecin ne peut révéler au patient des faits concernant des tiers (exemple: infidélité du conjoint du malade, constatée par le médecin lors d'une visite à domicile). (...) On ne saurait en revanche considérer qu'il n'y a pas révélation, au sens de la loi, lorsque le médecin communique un secret à l'entourage immédiat du patient ou à une personne qui est elle-même astreinte à la discrétion. Sous peine de confondre les éléments constitutifs et les faits justificatifs de l'infraction, ce qui mènerait à la conclusion absurde que les communications faites par le médecin en vertu de son devoir professionnel, par exemple, ne constituent pas des révélations, il faut donc admettre que la qualité du destinataire n'influence pas la question de savoir s'il y a révélation ou non, mais celle de savoir si une révélation est illicite ou non. Cette interprétation est d'ailleurs conforme au texte légal, qui ne fait pas intervenir la qualité du destinataire dans la définition de l'infraction; elle est également conforme à la jurisprudence, selon laquelle le médecin détenteur de secret doit garder tout cela pour lui.»

WUHRMANN, op.cit., p. 267: «Weiter gilt — und das ist den wenigsten Leuten bekannt — die Schweigepflicht auch unter Ärzten selbst, zumindest dann, wenn sie nicht ausdrücklich oder stillschweigend (...) aufgehoben wird.»

ENGLISCH, Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, Z.St.W., 1939, 1.

KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 361: Le devoir de silence du praticien s'étend aux proches du patient, notamment à son conjoint.

SAVATIER, Traité, p. 277: Le mineur possédant le discernement peut avoir des secrets que le médecin ne doit pas révéler aux parents (en gynécologie, par exemple).

GRAVEN, op.cit., p. 1739.

(74) GRAVEN, op.cit., pp. 1735-1736: «Pourquoi l'interdiction de révéler un secret professionnel ne pourrait-elle jamais être légitimement violée, alors que l'interdiction de tuer, par exemple, peut l'être dans certains cas, tels que légitime défense? On le comprendrait d'autant moins que l'obligation de respecter le secret médical, si elle l'emportait sur toute autre considération, nuirait souvent

a) *Le consentement du patient* (75)

Le patient, «en quelque sorte créancier du silence du médecin», en vertu du contrat de soins, doit être ainsi juge de l'opportunité d'y renoncer, en relevant le praticien de l'obligation de se taire (76). Ainsi, la révélation faite avec le consentement de l'intéressé ne sera pas punissable (77) à certaines conditions:

— L'intéressé doit être capable de discernement et donner, avant la révélation, un consentement exempt d'erreur ou de contrainte (78).

— Le consentement de l'intéressé n'est soumis à aucune condition de forme et peut être donné expressément, par actes concluants ou tacitement (79).

à la santé individuelle ou publique, c'est-à-dire aux intérêts mêmes que l'art. 321 veut protéger.» (...)D'une part, il serait irrationnel ou injuste que le devoir de discrétion l'emporte nécessairement sur toute autre obligation ou tout autre droit; d'autre part, on ne saurait accepter que ce devoir puisse être légitimement sacrifié à la défense de n'importe quel intérêt. Aussi le règlement des collisions entre devoir de se taire et devoir ou droit de parler suppose-t-il toujours une pesée des intérêts en conflit — et l'on se gardera d'oublier, en l'effectuant, que l'art. 321 est édicté principalement dans l'intérêt public. Le verdict de la balance pourrait se résumer ainsi: *toute violation du secret professionnel est injustifiée si l'intérêt sauvegardé par cette violation n'est au moins aussi important que l'intérêt auquel elle porte atteinte.*»

THILO, p. 44, estime que, le plus souvent, seule la conscience du médecin pourra décider s'il doit révéler un secret pour sauvegarder un intérêt public ou même un intérêt privé légitime.

RO 44 II 325: Un intérêt supérieur peut toujours justifier la rupture du secret, voire même obliger le praticien à dénoncer des faits dont il a connaissance de par sa profession

«Si un médecin constate, par exemple, qu'un patient est atteint d'une affection hautement contagieuse, la protection de la santé publique exige manifestement, non pas que le médecin se taise, mais au contraire qu'il informe les autorités pour leur permettre de prendre les mesures préventives adéquates. Dans d'autres cas, l'obligation de conserver le secret, si elle était absolue, aurait pour contre-partie le sacrifice d'intérêts, publics ou privés, également dignes de protection. Or il serait inadmissible, par exemple, qu'un médecin ne puisse jamais révéler à quiconque qu'un malade est inapte à la conduite automobile et crée de se fait un danger grave pour la sécurité des usagers de la route ou que des parents maltraitent un enfant et menacent ainsi sa vie ou sa santé.»

Cf. aussi SAVATIER, Traité, pp. 278 et 284.

(75) LOGOZ, op.cit., p. 782; GRAVEN, op.cit., p. 1739.

(76) DEBRAY, p. 86; SAVATIER, Traité, p. 273, Robert VOUIN, La violation du secret médical, dans Instantanés médicaux, 1973, p. 109.

GRAVEN, op. cit., p. 1739: *L'intéressé*, au sens de l'art. 321, ch. 2, est le patient lui-même ou un tiers, suivant la façon dont le secret est parvenu à la connaissance du médecin.»

(77) GRAVEN, p. 1739: «Tel sera notamment le cas pour les révélations servant les intérêts du malade même d'un point de vue autre que thérapeutique: établissement d'un certificat, par exemple» Du même auteur, p. 1736: «Il est évident, par exemple, que la primauté absolue du devoir de discrétion serait préjudiciable à la santé du malade si elle entraînait pour le médecin l'interdiction de communiquer à des tiers les informations nécessaires au traitement du patient; il est donc normal que la révélation faite dans l'intérêt du malade soit justifiée, puisque le but de l'art. 321 ne se peut alors atteindre par la discrétion mais commande au contraire l'indiscrétion.»

(78) Ibid., p. 1739: «La question est controversée de savoir qui a qualité pour délier le médecin lorsque l'intéressé est incapable de discernement ou décédé. Alors que certains auteurs admettent en pareil cas le consentement du représentant légal ou des héritiers, d'autres estiment, à plus juste titre, que le médecin doit en pareil cas s'adresser à l'autorité de surveillance.»

(79) RO 75 IV 75; RO 98 IV 218.

Cf. aussi GRAVEN, op.cit., p. 1739, qui souligne que «le médecin qui établit une ordonnance, une attestation ou un certificat à l'intention d'un pharmacien, d'un employeur ou d'un assureur agit évidemment avec le consentement du patient. On pourrait d'ailleurs soutenir que l'art. 321 est inapplicable quand le patient lui-même utilise le document établi par le médecin, puisque la «révélation» émane alors de l'intéressé, et non du médecin.»

Le médecin fera bien de conserver le document qui administre la preuve du consentement (LOGOZ, op.cit., pp. 722-723).

— Sauf disposition contraire expresse, notamment dans le domaine du témoignage en justice, le consentement *autorise, mais n'oblige pas* le médecin à parler. Il appartient donc toujours en principe au détenteur du secret de décider, eu égard à la valeur des intérêts en présence, s'il se justifie d'utiliser le droit de révélation qui lui a été reconnu par l'intéressé (80).
— Le médecin demeure punissable s'il révèle des faits ou s'adresse à des tiers auxquels l'autorisation de parler ne se rapporte pas (81).

b) *La loi peut contraindre ou simplement autoriser à révéler des secrets professionnels*

Certaines dispositions légales (82) imposent au praticien de révéler des secrets médicaux (déclarations de maladies contagieuses, par exemple).

La révélation est également licite «lorsqu'elle est déclarée permise par la loi»; le médecin est alors *expressément* autorisé — et non pas contraint — par une disposition légale à communiquer un secret à un tiers (83).

(80) GRAVEN, op.cit., p. 1739; F. WUHRMANN, op.cit., p. 268; OTT, op.cit., p. 719; Règles et usages de la SVM, ch. 110.

Voir aussi DEBRAY, pp. 86 et 183, note 32, et SAVATIER, traité, p. 275: Le consentement du patient ne suffit donc pas toujours à délier le médecin du secret. Ce n'est qu'en totale liberté qu'une levée du secret par le patient est concevable.

Les tribunaux ont parfaitement compris que cette liberté n'existerait plus si, dans un procès, on invitait un plaideur ou un prévenu à délier du secret médical le médecin appelé à un témoinage. Car si l'ex-patient refuse de lever le secret, il crée contre lui-même une présomption défavorable; sa réticence peut devenir un aveu indirect. Le médecin peut ainsi refuser de témoigner en justice, même à la demande de son patient.

Du même auteur, p. 274, note 6, et p. 273, note 4: Le médecin ne peut évidemment pas invoquer le secret professionnel pour refuser d'informer ou d'éclairer le malade.

DEBRAY, p. 87, se demande, par exemple, si le médecin doit faire connaître à un patient l'origine de la syphilis héréditaire dont il souffre.

(81) GRAVEN, op.cit., p. 1739; LOGOZ, op.cit., p. 781, ch. 8a).

(82) GRAVEN, op.cit., p. 1739:

«Le médecin doit s'incliner devant un tel commandement, car il ne peut naturellement faire prévaloir son appréciation et sa volonté sur celle de la loi; mais la loi, pour sa part, ne peut naturellement châtier l'obéissance du médecin, dans la mesure du moins où ce dernier n'a fait que son devoir, c'est-à-dire n'a fourni que les informations qu'il devait donner et ne les a transmises qu'aux autorités qu'il était tenu d'aviser.

Selon l'art. 32 CP, dont on entrevoit immédiatement l'importance dans le domaine qui nous intéresse, ne constitue pas une infraction l'acte ordonné par la loi ou par un devoir de fonction ou de profession; il en est de même de l'acte que la loi déclare permis ou non punissable.»

LOGOZ, op.cit., pp. 783 et 784; OTT, op.cit., p. 719.

DEBRAY, pp. 84 et 182; THILO, p. 43: La loi limite le secret lorsqu'il y a un intérêt public majeur:

l'ordre public (prise de sang d'un conducteur).
la police sanitaire (déclaration de maladies contagieuses, vénériennes, etc.).
la médecine préventive (vaccinations obligatoires),
l'état civil (déclaration des naissances, décès),
etc...

(83) GRAVEN, op.cit., p. 1739.

«La plus connue d'entre elles se rencontre à l'art 15, ch. 1, de la loi sur les stupéfiants, qui permet au médecin constatant un cas de toxicomanie d'aviser les autorités compétentes s'il estime que des mesures appropriées doivent être prises dans l'intérêt du patient, de ses proches ou de la collectivité; de même, l'art. 14, al.4, de la loi sur la circulation routière autorise tout médecin à signaler à

c) *Autorisation écrite de révéler un secret donnée par l'autorité compétente au médecin.*

L'article 321, ch. 2, offre en outre au médecin partagé entre le devoir de se taire et la nécessité de parler, la faculté de se faire délier de son obligation de discrétion par l'autorité supérieure ou de surveillance (84).

GRAVEN note, à juste titre, que « des propositions ne devraient être faites à l'autorité de surveillance que si la révélation est indispensable à la sauvegarde d'un intérêt public ou privé important. La confiance du malade dans le médecin et de la collectivité dans la profession médicale serait en effet compromise si le médecin sollicitait à tout propos, de l'autorité, la permission de parler. La condition générale de proportionnalité doit donc être aussi réalisée en pareil cas. Il en irait notamment ainsi quand le médecin apprend que le patient est auteur ou victime d'une infraction grave (85) ».

d) *Le témoignage en justice*

Les lois de procédure cantonales (86) prévoient, d'une manière générale, que le médecin peut refuser son témoignage sur les secrets auxquels il a eu accès en raison de sa profession. Le praticien « pourra même refuser de témoigner sur les faits qu'il a attestés dans un certificat remis à la famille ou au patient. Les limites sont certes difficiles à tracer; il ne faut cependant pas les reculer jusqu'à l'absurde » (87).

S'il croit devoir déposer, eu égard à l'importance des intérêts en jeu, le médecin peut naturellement se faire délier de son obligation de discrétion par l'intéressé ou par l'autorité de surveillance (88).

Notons encore que le secret professionnel ne peut évidemment être invoqué lorsque le médecin est partie à un procès civil ou pénal. L'obligation de discrétion qui lui est faite ne doit ni l'empêcher de faire valoir ses droits, par exemple quand le patient a commis une infraction contre lui ou ne lui règle pas ses honoraires, ni lui permettre d'échapper à ses responsabilités, par exemple

l'autorité médicale de surveillance et à l'autorité compétente pour délivrer ou retirer le permis, qu'un malade est incapable de conduire un véhicule automobile pour cause de maladie, d'infirmité physique ou mentale ou de *toximanie*. A défaut d'une autorisation expresse, la révélation est donc illicite, à moins que le médecin ne puisse invoquer un autre fait justificatif. »

(84) Dans le canton de Vaud, c'est le Conseil de santé qui est compétent dans ce cas.

(85) GRAVEN, op.cit., p. 1740:

« Le médecin qui s'adresse à l'autorité doit naturellement éviter de révéler, ce faisant, le secret dont il demande à être délié; il formulera donc sa proposition en se bornant à révéler les faits strictement nécessaires à l'information de la commission de surveillance. Quant aux effets de l'autorisation, ils sont identiques à ceux du consentement, c'est-à-dire que le médecin n'est en principe pas obligé de parler et qu'il ne doit pas, s'il fait usage de l'autorisation, transgresser les conditions que la commission lui aurait imposées s'agissant du contenu ou du destinataire de la révélation. »

Voir aussi LOGOZ, pp. 782-783; H. OTT, op.cit., p. 719.

(86) Pour le canton de Vaud: Cf. art. 198 et 199 du Code de procédure civile et art. 196 du Code de procédure pénale.

(87) KORNPROBST, le contrat de soins, N° 388 et 389.

(88) THILO, p. 44; KORNPROBST, le contrat de soins, N° 386-390; SAVATIER, Traité, p. 284; LOGOZ, pp. 783-784.

quand il a commis une faute professionnelle (89). Selon la jurisprudence française, le médecin actionné en justice par un de ses patients pour faute professionnelle est autorisé, afin de se défendre, à divulguer certaines constatations que normalement il aurait dû tenir secrètes.

« Le demandeur qui fait état de documents médicaux à l'appui de son action, ne saurait, sans violer la règle du principe du droit de la défense, invoquer la règle du secret professionnel pour interdire à l'adversaire d'utiliser et de lui opposer d'autres documents ou renseignements médicaux, et mettre ainsi celui-ci dans l'impossibilité de discuter ses prétentions et de résister à sa demande (90). »

F) Le secret partagé

L'organisation actuelle de la société, les exigences des assurances, les nécessités sociales modernes et les progrès de la médecine (91) ont pour conséquence que « le médecin traitant n'est plus l'unique dépositaire du secret médical » (92).

Ainsi le secret médical doit souvent, pour des raisons pratiques ou de commodité administrative, être partagé avec des tiers – médecins ou non – dont la liste ne cesse de s'allonger (93). Ce sera le cas chaque fois que le patient exprime, explicitement ou implicitement, « sa volonté libre d'y comprendre d'autres personnes que le médecin traitant: les membres de la famille, d'autres médecins appelés en consultation » (94).

En outre, dans l'intérêt même du malade, et naturellement avec son consentement, le médecin traitant est appelé parfois à communiquer à un employeur, à une administration ou à une assurance les renseignements indispensables, « destinés à procurer au patient certains droits, avantages ou prestations » (95).

(89) GRAVEN, op.cit., p. 1740.

(90) LOMBARD, p. 210.

(91) Notamment, l'exercice de la médecine en équipes, le morcellement en spécialités, la prévention, la médecine hospitalière, etc...

(92) DEBRAY, p. 84.

(93) SAVATIER, Traité, pp. 279-280, et la bibliographie citée par l'auteur en note 42; LOMBARD, p. 191; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 372.

(94) SAVATIER, Traité, p. 279.

(95) GRAVEN, op.cit., p. 1738, note 69; H. OTT, op.cit., p. 719; Règles et usages de la SVM, ch. 110; DEBRAY, p. 243.

Cf. aussi, supra note 77.

KORNPROBST, le contrat de soins, N° 373 et 374, entend, par secret partagé, « le fait que tel médecin peut communiquer à un autre médecin, ou à toute personne habilitée à en connaître, ce qu'il sait de ses malades, sou la condition formelle que ces tiers à la confidence sont eux-mêmes tenus au secret vis-à-vis de tous et sur tout ce qui aura été appris du fait de ce partage du secret.

Il faut encore ajouter deux réserves:

1) Le médecin traitant ne devra communiquer que les seuls renseignements indispensables à ces tiers.

2) Cette communication ne peut être faite que si le malade, dûment informé, y consent. Il a le droit de préférer le secret au remboursement des frais médicaux et pharmaceutiques. »

On peut tout de même se demander si le secret ainsi « partagé » avec des tiers ne devient pas purement et simplement un « secret propagé » quand le cercle des détenteurs de ce secret s'élargit, même si ces tiers se trouvent eux-mêmes tenus au devoir de discrétion (96).

G) Conclusions

La légitimité même du secret professionnel fait l'objet de contestations dans certains milieux qui le considèrent « comme un obstacle archaïque au développement de la médecine sociale, comme une arme de défense corporative des médecins ».

Il faut certes adapter les modalités pratiques du secret médical aux nécessités sociales modernes. La tendance générale va du reste dans le sens d'une restriction des droits et de la protection de la personne au profit du corps social (98).

En outre, il faut rappeler que le secret professionnel appartient au malade et n'est pas un privilège que le praticien peut opposer à la collectivité (99).

Nous estimons, cependant, comme Louis PORTES (100) que « le secret professionnel est la pierre angulaire de l'édifice médical et (qu') il doit le rester, parce qu'il n'y a pas de médecine sans confiance, de confiance sans confidence et de confidence sans secret ».

(96) LOMBARD, p. 192; DEBRAY, p. 243.

(97) SAVATIER, traité, pp. 278-279; KORNPROBST, le contrat de soins, N° 352;DEBRAY, pp. 184 et 241; LOMBARD, pp. 190-192.

(98) DEBRAY, p. 241; H. OTT, op.cit., p. 720.

Voir aussi LOMBARD, pp. 190-191 qui note que la médecine collective supplante la médecine individuelle. La santé n'est plus considérée comme un luxe; elle est devenue un droit. La maladie aussi est devenue l'affaire de la collectivité. Quand la médecine se « collectivise », le secret médical n'échappe pas au mouvement.

GRAVEN, op.cit., p. 1740:

« Nous allons actuellement au-devant d'une évolution qui nous conduit à donner de moins en moins d'importance au secret professionnel. Il est évident que, pour donner des soins bien faits et à bon marché, des instances administratives et des instances de sécurité sociale devront intervenir de plus en plus. Pour hausser le niveau de la santé publique, il est absolument nécessaire de divulguer des secrets dans de multiples situations, et il serait certainement erroné d'être trop conservateur quant au secret professionnel. »

(99) Cf., supra, note 97. Voir aussi H. OTT, op.cit., p. 722.

(100) « A la recherche d'une éthique médicale », 1954, p. 153

Chapitre V

Les conditions de la responsabilité civile subjective

Le Code des obligations fait dépendre la responsabilité civile délictuelle (art. 41 CO) ou contractuelle (art. 97 CO) de cinq conditions:

a) un acte ou une abstention (une omission) (1);
b) l'illicéité (2) de cet acte ou la violation d'une obligation contractuelle (3);
c) un dommage (4);
d) un lien de causalité (5) entre l'acte (ou l'abstention) et le dommage;
e) une faute (6) de l'auteur du dommage.

(1) Sauf cas particuliers, l'ordre juridique ordonne de s'abstenir (interdiction) et non d'agir; par conséquent, seul celui qui commet un acte engage en principe sa responsabilité. On ne peut ainsi causer un préjudice par omission que lorsqu'il existe un devoir d'agir (RO 45 II 638 = JdT 1920 I 264), en vertu d'une disposition expresse, notamment à raison d'un risque créé par une activité, en soi licite, ou à raison d'un devoir de surveillance, par exemple:

L'art. 41 LCR, qui oblige le conducteur d'un véhicule à allumer ses phares dès la tombée de la nuit.

L'art. 51 LCR qui prescrit les devoirs des conducteurs en cas d'accident.

Art. 127 et 128 CPS.

Art. 55, 56 et 58 CO.

Art. 328 et 333 CCS.

En outre, le TF a déclaré que chacun doit protéger les tiers contre les risques anormaux qu'il crée de par son activité même parfaitement licite: «Celui qui crée ou entretient un état de chose dangereux pour les tiers est tenu de prendre les mesures de protection et de précaution commandées par les circonstances pour empêcher qu'un dommage ne se produise.»

(RO 45 II 638 = JdT 1920 I 264; RO 51 II 78; RO 60 II 38 = JdT 1934 I 290; RO 63 II 204 = JdT 1937 I 406; RO 82 II 28 = JdT 1956 I 326; RO 93 II 92 = JdT 1968 I 324; RO 93 II 339 = JdT 1969 I 138; RO 95 II 96; RO 96 II 108 et 112 = JdT 1971 I 153, 157); cf. aussi OFTINGER, I, p. 95; OSER et SCHOENENBERGER, pp. 281-282.

Ainsi, celui qui omet de prendre les mesures nécessaires, agit d'une manière illicite, lorsque celles-ci sont possibles, raisonnables et n'impliquent pas un coût disproportionné avec la gravité et la fréquence du risque créé. (RO 45 II 638 = JdT 1920 I 264; RO 60 II 38 = JdT 1934 I 290; RO 79 II 66 = JdT 1954 I 86; RO 93 II 329 = JdT 1969 I 130); voir aussi OFTINGER, I, pp. 56-57 et pp. 111-112.

(2) Concernant la notion d'illicéité, cf., supra, notes 57 et 58 (Chap. I) et note 41 (Chap. II).

(3) Il s'agit aussi bien de l'inexécution, que de la mauvaise exécution ou de l'exécution tardive.

En matière contractuelle, le contrat remplit le rôle que joue l'ordre juridique dans le domaine délictuel (cf. CUENDET, p. 87).

(4) Cf. Chap. VIII, infra.

(5) Cf. Chap. VI, infra.

(6) Cf. Chap. VII, infra.

Les cinq éléments de la responsabilité civile subjective sont en fait interdépendants et forment un tout indissociable, même si pour des raisons pratiques ou didactiques, on les présente séparément pour leur étude (7).

Le droit français n'érige pas l'illicéité en élément indépendant de la faute (8).

Le droit suisse en revanche distingue fondamentalement l'illicéité ou la violation d'une obligation contractuelle de la faute malgré l'opinion contraire d'une minorité d'auteurs (9). L'illicéité, c'est le fait *en soi* de transgresser une règle de droit; la transgression renvoie à une norme objective (10), alors que la faute est un manquement à la diligence due par l'auteur (11). Elle implique une appréciation de la conduite et «renvoie à une condition subjective, non pas à l'acte dommageable, mais à l'intelligence et à la volonté de l'auteur, à ce qu'il savait ou devait savoir de son devoir, à sa connaissance de ce devoir et à sa volonté de s'y conformer (12)». Il y a faute si le résultat survenu, qui se révèle contraire à l'obligation souscrite, était prévisible ou évitable.

On considère que l'accomplissement d'un devoir juridique ou l'exécution d'une obligation n'est pas possible pour chacun dans toutes les circonstances et que par conséquent la violation d'une obligation n'implique pas toujours une faute.

La faute a donc un caractère moral et personnel que n'a pas l'illicéité; elle est un élément plus étroitement délimité, exigeant une référence précise à l'auteur du dommage (13).

Le Tribunal fédéral a parfois confondu ces deux notions, précisant même que la preuve de l'inexécution emportait celle de la faute (14).

Notons enfin que si une seule des cinq conditions prévues par les art. 41 et 97 CO, créant une obligation de réparer, fait défaut, le dommage doit être supporté par celui qui le subit, en vertu du principe «casum sentit dominus», du moins en cas de responsabilité subjective.

(7) CUENDET, p. 26.

Dommage et causalité sont deux constantes qu'on retrouve dans la responsabilité subjective ou causale, délictuelle ou contractuelle (cf. OFTINGER, p. 436 et DESCHENAUX et TERCIER, La resp. civile, p. 43).

(8) CUENDET, p. 99.

(9) CUENDET, p. 100; PACHE, p. 100.

Selon OFTINGER, p. 116, «l'illicéité est comprise dans la notion de faute, ou du moins elle en est une notion coordonnée».

(10) ENGEL, p.304.

(11) Ibid., p. 304.

(12) Ibid., p. 313.

(13) CUENDET, pp. 104-105.

(14) a) arrêts où les juges de Mon-Repos marquent clairement la *distinction* entre l'illicéité et la faute. Cf. entre autres: JdT 1944 I 418; RO 72 II 46 = JdT 1946 I 590.

b) arrêts où notre haute Cour a considéré que la seule transgression de l'obligation constitue en elle-même une faute. Voir notamment: RO 25 II 60; RO 34 II 32 = JdT 1908 I 354; JdT 1946 I 430; RO 70 II 207 (rés) = SJ. 1947, 202 et 203.

Voir aussi THILO, p. 34

Chapitre VI

Le rapport de causalité [1]

L'auteur apparent d'un dommage n'est tenu de le réparer que s'il existe un rapport de cause à effet entre son acte (ou son abstention) et le préjudice.

Le dommage doit donc être la conséquence de l'acte illicite ou de la violation d'une obligation contractuelle; conséquence du *fait* en responsabilité objective, conséquence de la *faute* en responsabilité subjective (2).

Section 1 Le fait: la causalité naturelle

Depuis l'Antiquité, les philosophes (3) s'interrogent sur le concept de cause.

« Tributaire du sens commun, le juriste se fonde sur la causalité (4). » La cause, c'est un phénomène qui en détermine un autre.

D'une manière générale, selon LALANDE (5), on peut appeler cause « toute condition sans laquelle un phénomène n'aurait pas eu lieu... le principe de causalité est un des axiomes fondamentaux de la pensée. L'énoncé le plus usuel de celui-ci est: Tout phénomène a une cause... ainsi une même cause peut produire différents effets, un même effet peut résulter de différentes causes, soit concurremment, soit séparément ».

Ainsi, une cause est un événement faisant nécessairement partie de l'ensemble des faits qui ont contribué à produire le préjudice: c'est le rapport de causalité de fait, de causalité naturelle (6).

(1) BECKER, ad art.41, N° 11 ss; OSER-SCHOENENBERGER, ad art. 41, N° 76 ss.; VON BUEREN, pp. 54-57; W. PERRIG, Ueber den adäquaten Kausalzusammenhang im Haftpflichtrecht, dans RSJ 58, 1962, pp. 293-302; Abdol-Madjid Amiri Ghaem MAGHAMI, Faute, risque et lien de causalité dans la responsabilité civile, thèse Genève 1953; LOEFFLER, pp. 37-44.

Cf. également, infra, notes 2 ss., qui complètent cette bibliographie.

(2) ENGEL, p. 326.

(3) Notamment Aristote, St. Thomas d'Aquin, Descartes, Kant, Spinoza, J.-S. Mill, Leibniz.

(4) ENGEL, p. 326.

(5) LALANDE, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, P.U.F., Paris 1972, pp. 126 et 130-132.

Encyclopaedia universalis, vol. 3, p. 1089: la causalité est « un mode d'explication, particulièrement important d'ailleurs, des faits dont nous avons l'expérience ». C'est un concept épistémologique, « une manière d'organiser systématiquement les faits empiriques et de leur donner un sens ».

(6) CUENDET, p. 34.

DESCHENAUX et TERCIER, Resp. civile, p. 57: « Le rapport de cause à effet entre deux événements est une relation telle que, sans le premier événement, le second ne se serait pas produit. Le premier événement peut être un acte ou une omisson. »

Section 2. Le droit : la causalité adéquate

Un résultat donné n'est généralement pas dû à un seul élément ; un fait, un événement quelconque est l'aboutissement d'une chaîne infinie de phénomènes. La notion de causalité naturelle ou matérielle (7) — selon laquelle est considérée comme cause tout fait sans l'existence duquel le résultat ne se serait pas produit (8) — ne permet pas à elle seule de délimiter de manière satisfaisante le champ d'application de la responsabilité civile (9) : une application rigoureuse de la *condicio sine qua non* aboutirait à des résultats choquants (10). Il serait en effet contraire à l'équité de faire supporter la réparation du préjudice à toute personne qui a joué un rôle dans la série causale et de lui imputer toutes les conséquences, si lointaines et si imprévisibles soient-elles, du fait dont elle répond (11).

Il faudra donc déterminer les dimensions juridiques de la cause ; ce qui implique l'appréciation éthique d'un certain comportement humain, compte tenu des circonstances.

Aussi la doctrine et la jurisprudence ont-elles cherché un critère de la responsabilité civile ; l'effet doit être proportionné à la cause (12).

Le Tribunal fédéral s'est rallié, de manière constante (13), à la théorie (14) de la causalité adéquate : *« Un fait ou un acte ne constitue une cause adéquate (15) que si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale, il était de nature, en soi, à produire un effet du genre de celui qui s'est produit, de sorte que ce résultat paraît, d'une manière générale, avoir été entraîné par le fait ou l'acte. »*

Le juge n'a pas à se demander si l'auteur du dommage aurait dû ou pu prévoir les conséquences du facteur dont il répond (16).

« Il faut et il suffit, selon un examen *post factum*, que la cause en question fût *objectivement* propre à produire ces conséquences-là. C'est ce que la doc-

(7) OSER et SCHOENENBERGER, N° 76 ss. ad art. 41 et N° 11 ad art. 97 ; BECKER, N° 11 ss. ad art. 41 et N° 54 ss. ad art. 97 ; VON TUHR, pp. 74 ss. ; GUHL, par. 10, II, pp. 61 ss. ; OFTINGER, I, p. 56.

(8) Cf., supra, notes 5 et 6.

(9) RO 57 II 36 = JdT 1931 I 322 : « La constatation des circonstances de fait n'épuise pas la question du rapport de causalité. Il ne suffit pas, pour rendre une personne responsable, d'établir un rapport quelconque de causalité naturelle : en d'autres termes, on ne peut pas prendre en considération n'importe quelle condition, sans laquelle le résultat produit n'est pas concevable ; il faut une condition qualifiée spécialement au point de vue juridique... »

(10) DESCHENAUX et TERCIER, op.cit., p. 56.

(11) Ibid., pp. 56 et 60.

(12) VON THUR, p. 82.

(13) RO 89 II 239 = Jdt 1964 I 41.

Voir aussi RO 57 II 36, 104, 209 = JdT 1931 I 326, 337, 344 ; RO 62 II 138 = JdT 1936 I 547 ; RO 66 II 173 ; RO 81 II 445 = JdT 1956 I 265 ; RO 81 II 439 = JdT 1956 I 261 ; RO 83 II 411 JdT 1958 I 419 ; RO 87 II 127 = JdT 1961 I 544 ; RO 91 II 183 = JdT 1966 I 155 ; RO 93 II 329 = JdT 1969 I 130 ; RO 96 II 392 = JdT 1972 I 142.

Voir également BECKER, I, pp. 206-212 et 476-477 ; OFTINGER, I, p. 57-62 ; KELLER, pp. 44-49 ; VON THUR, p. 82 ; THILO, p. 36.

(14) La théorie de la causalité adéquate exprimée sous cette forme est plus une position du problème qu'une solution.

(15) Ibid., p. 20 : le terme « adéquat » ne veut rien dire d'autre que la causalité est reconnue sur le plan juridique.

(16) DESCHENAUX et TERCIER, p. 61, estiment que le juge n'a pas à se préoccuper de la

trine appelle le *pronostic rétrospectif objectif*» (17). Ainsi le juge doit se mettre à la place d'un observateur ayant l'expérience de la vie et des choses (18): il faut considérer comme une cause adéquate tout fait dont un tiers, placé dans la situation où se trouvait l'auteur du dommage et au courant de l'ensemble des circonstances, aurait pu prévoir qu'il provoquerait ou favoriserait la survenance du dommage (19).

Le Tribunal fédéral a estimé que même des conséquences singulières, c'est-à-dire extraordinaires, peuvent, suivant les circonstances, être des conséquences adéquates de l'accident (20).

Notons enfin qu'une omission ne saurait être la cause matérielle d'un effet car une inaction ne peut modifier l'état du monde extérieur: logiquement, ce qui n'existe pas ne peut engendrer un fait positif (21). Toutefois, le droit doit pratiquement admettre qu'une abstention coupable puisse être la cause d'un dommage (22). Le Tribunal fédéral (23) retient que le rapport de causalité entre une omission et un événement dommageable existe lorsque «d'après l'expérience de la vie, l'accomplissement de l'acte omis eût très vraisemblablement empêché la survenance du dommage». Ainsi la notion de causalité adéquate peut être parfois plus large que la simple causalité naturelle.

prévisibilité subjective qui ne joue un rôle, dans la responsabilité aquilienne, que pour l'appréciation de la faute de l'auteur.

ENGEL, p. 329 soutient que l'auteur doit réparer également le dommage qu'il ne pouvait pas prévoir «in concreto», en raison de son ignorance ou de son inexpérience.

Voir aussi RO 80 II 338 = JdT 1955 I 338; RO 81 II 439 = JdT 1956 I 261; RO 85 II 350 = JdT 1960 I 90; RO 87 II 117 = JdT 1961 I 536.

(17) ENGEL, p. 329; DESCHENAUX et TERCIER, p. 61.

RO 70 II 177 = JdT 1944 I 630: Pour savoir si telles conséquences sont adéquates, «il faut partir des effets qui se sont effectivement produits et décider rétrospectivement si et dans quelle mesure l'accident apparaît encore comme leur cause essentielle».

(18) Constituent une cause adéquate «tous les faits qui, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, sont propres à contribuer à la survenance du dommage, si bien *qu'une personne normale l'eût prévue ou l'eût crue possible*... même si le déroulement des faits n'est pas à prévoir dans ses moindres détails, mais à grands traits seulement» (RO 85 II 350, 354 = SJ 1960 pp. 503, 506; RO 92 IV 86, 88 = JdT 1966 IV 75, 77).

DESCHENAUX et TERCIER, p. 61, précisent que cet observateur, cet «homme normal» est un profane tant qu'il s'agit d'apprécier l'enchaînement probable des évènements de la vie courante. Quand en revanche il s'agit de discerner le rôle de phénomènes plus complexes (scientifiques, techniques), le juge recourra à un expert.

(19) La notion de pronostic objectif postérieur est inutile. Pour parvenir à la prévisibilité objective, le juge devrait faire abstraction de son savoir et de son expérience personnels, ce qui lui paraît impossible. En fait, les termes «d'après le cours normal des choses» veulent seulement dire que l'on doit prendre en considération l'expérience commune. En définitive, plus le résultat paraît proche de la cause, plus facilement on retiendra la causalité adéquate. Autrement, il n'y aura que coïncidence.

(20) RO 80 II 343 = JdT 1955 I 343; RO 87 II 117 = JdT 1961 I 536.

(21) VON THUR, p. 80; ENGEL, p. 327.

(22) Ibid.

(23) RO 42 II 258; RO 47 II 293; RO 48 II 150; RO 50 II 387; JdT 1923 I 7; JdT 1928 I 277; JdT 1950 I 603.

Le fait de ne pas empêcher un dommage doit être assimilé à celui de causer un dommage par un acte positif, pourvu, toutefois, que l'auteur ait eu non seulement la possibilité, mais encore l'obligation d'empêcher le dommage (VON TUHR, p. 80).

Voir aussi, supra, note 1 (chap. IV).

Section 3. Une grande vraisemblance du rapport causal suffit

La théorie de la causalité adéquate ne fournit pas de critère indiscutable permettant de trancher avec sûreté les cas limites; la prudence et le doigté du juge guideront sa décision. On doit ainsi s'en remettre, dans une certaine mesure, à la libre appréciation des tribunaux (24).

« L'expérience enseigne que le lien de causalité est rarement assez évident pour qu'on puisse écarter, avec une absolue certitude, l'hypothèse selon laquelle le dommage se serait produit même sans cela (25). » Aussi le juge ne doit-il pas se montrer trop exigeant dans l'appréciation de la preuve du dommage qui incombe au lésé (26); il doit se contenter souvent d'un faisceau d'indices confinant à la certitude (27). En règle générale, on doit tenir pour suffisante la preuve que selon toute vraisemblance, d'après le cours ordinaire des choses, le dommage est dû à la cause alléguée (28). En revanche, une simple possibilité de lien causal ne suffira pas (29).

Section 4. Les limites de la causalité juridique

Le lien de causalité entre un fait (ou un acte) et le dommage « est considéré comme interrompu lorsque survient une nouvelle cause qui supplante la cause originaire au point que la première apparaisse inadéquate et que la seconde — événement interruptif — apparaisse comme la seule cause adéquate. Encore faut-il que l'événement interruptif soit suffisamment intense (30) ».

(24) Cf., entre autres, VON TUHR, pp. 82-83.

(25) THILO, p. 36.

(26) Cf., infra, Chap. IX, Section 4, litt. E, La preuve du lien de causalité.

(27) THILO, p. 36.

ENGEL, p. 327 note que la preuve peut être rapportée par divers moyens, dont l'expertise.

SAVATIER, traité, p. 301, relève que les juges peuvent fonder leur conviction sur toutes sortes d'indices.

(28) THILO, p. 36.

RO 32 II 674; RO 57 II 208; RO 90 II 227; JdT 1950 I 603.

OFTINGER, I, p. 63: « Man wird sich also oft mit einer hohen *Wahrscheinlichkeit* statt eines absoluten Beweises, mit einem *Indizienbeweis* statt eines strickten Beweises begnügen müssen... »

GAUTSCHI, p. 387: Namentlich dort, wo, wie in der Medizin, das ärztliche Handeln nur Teilursache des Erfolges oder Misserfolges sein kann, wird man sich mit einem Wahrscheinlichkeitsbeweis für den adäquaten Kausalzusammenhang zwischen Unsorgfalt und Schaden begnügen müssen (RO 57 III 208 et 209; SJ 80, 1958, p. 475, 481). Es muss eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für den behaupteten Kausalverlauf sprechen.

(29) OFTINGER, I, p. 63, qui ajoute qu'on doit éviter d'appliquer purement et simplement la maxime « post hoc, ergo propter hoc ».

Voir aussi ENGEL, p. 327.

RO 44 II 258.

(30) OFTINGER - JEANPRETRE, p. 232.

La théorie de la causalité ne considère pas que le rapport est nécessairement interrompu par le concours de plusieurs facteurs ou par la survenance d'un autre facteur (dont tous les auteurs répondent envers la victime). Le droit suisse, qui tient à faire une place aussi large que possible à l'action en responsabilité, admet que plusieurs éléments convergents puissent être considérés comme cause et que le lien de causalité ne soit pas interrompu par un élément concurrent.

Même lorsque le lien de causalité semble certain, « le sentiment de la justice répugne parfois à admettre la responsabilité de l'auteur pour les conséquences dernières de son acte (31) ». Aussi la doctrine et la jurisprudence ont-elles tenté de fixer les limites de la causalité juridique en posant des critères précis que nous allons examiner :

A) L'obligation de réparer le dommage ne va pas au-delà du lien de causalité. L'auteur apparent du préjudice ne répond pas d'un dommage que sa faute aurait probablement causé, mais qui, en réalité, résulte d'autres circonstances (32). Ainsi, après l'acte de l'auteur, peut survenir un événement « imprévisible objectivement dans l'enchaînement causal », événement qui est en fait la cause du dommage. Le lien de causalité est alors rompu par cet événement ; la relation entre l'acte illicite et le dommage n'est plus adéquate (33).

B) Il faut distinguer de l'éventualité précédente, le cas où le dommage, résultant effectivement de l'acte considéré, serait tout de même survenu sans cet acte illicite, à cause d'un autre événement (34). On a d'un côté un fait certainement causal, puisque préjudice il y a eu, et de l'autre, une « hypothèse causale » ; même si cette hypothèse est très vraisemblable, elle n'en reste pas moins qu'une hypothèse et elle ne supprime donc pas le lien de causalité.

C) La causalité ne cesse pas non plus du fait qu'après l'événement dommageable surgissent de nouveaux événements qui auraient provoqué le même préjudice s'il n'était pas déjà survenu (35). « La série causale est close ; les faits nouveaux n'ont pas pris le relais et on n'a pas à en tenir compte sur le plan de la causalité (36). »

(31) VON THUR, p. 81.
Sur la notion de rupture du lien de causalité, on peut aussi consulter OFTINGER, I, pp. 79-80 et KELLER, pp. 54-57.

32) Cf. VON TUHR, pp. 74-75, qui donne l'exemple suivant :
« Un fermier doit entretenir un bâtiment en bon état et néglige de le faire au point que, selon toute probabilité, la maison s'écroulera ou devra être démolie à bref délai ; mais avant ce moment, un tremblement de terre ou un glissement de terrain vient à détruire toutes les maisons de la région, même les maisons en bon état ; en ce cas, le fermier n'a pas à réparer le dommage. Il est indifférent de constater que le dommage *serait* résulté de l'attitude du fermier, lorsque, en vérité, ce dommage *est* survenu par l'effet d'un autre événement. (...) Le lien de causalité entre l'attitude du fermier et le dommage est *rompu* par un autre fait, le tremblement de terre. »
Voir aussi RO 58 II 371 ; DESCHENAUX et TERCIER, p. 59.

(33) ENGEL, p. 330.

(34) VON THUR, p. 75 : Un débiteur « qui doit livrer une chose le 1er mars est en demeure. Il néglige d'en prendre soin et elle périt le 6 mars ; toutefois, le 3 mars, la maison du créancier est incendiée et on peut admettre que si la chose avait été livrée le 1er mars, conformément au contrat, elle aurait péri dans l'incendie (...) Le fait que le dommage ait été causé effectivement par la négligence du débiteur ne peut être détruit par les hypothèses que l'on échafaude sur ce qui serait arrivé si le débiteur avait exécuté son obligation ».
Voir également DESCHENAUX et TERCIER, p. 59.

(35) VON TUHR, pp. 76-77 : Par exemple, X, qui par sa négligence a causé la mort de Y, ne peut invoquer le fait que celui-ci était sur le point de s'embarquer sur un bateau qui a sombré avec tous ses passagers. (...) Sinon toute action en dommages-intérêts dépendrait, durant un temps indéfini, du cours des événements futurs.

D) Même si le lien de causalité subsiste, il peut être atténué par un fait extérieur, certain, qui a contribué dans une large mesure à la réalisation ou à l'aggravation du dommage. Ainsi la force majeure, la faute ou le fait d'un tiers, la faute ou le fait du lésé (37) peuvent interrompre le rapport de causalité adéquate (38).

Pour dire si la force majeure ou la faute (du lésé ou d'un tiers) interrompent le lien de causalité, on se bornera à comparer, dans leur intensité, les liens de causalité entre le fait ou la faute de l'auteur apparent du dommage, d'une part, et le cas de force majeure ou la faute de la victime ou du tiers, d'autre part (39).

E) Le dommage subi peut être dû à une *prédisposition* (40) ou à une faiblesse du patient (par exemple, une maladie de cœur préexistante) antérieure à l'intervention du médecin. Le praticien ne dégagera sa responsabilité que lorsque cette prédisposition n'était pas décelable, ou qu'il lui était impossible de prévoir à l'avance la réaction spécifique à l'état de son patient ou encore lorsque l'intérêt du malade commandait de courir le risque (41).

F) Le rapport de causalité n'est pas interrompu par l'écoulement du temps entre la cause et l'effet à condition qu'il soit possible de prouver avec certitude le

(36) DESCHENAUX et TERCIER, pp.59-60, précisent: «Encore moins peut-on retenir la simple possibilité que le dommage survenu eût pu être causé par un autre facteur.»
RO 96 II 173 = JdT 1972 I 83.

(37) Nous étudierons plus en détail, au chapitre VIII, «La réparation du dommage», section 8 (Causes de réduction de l'indemnité), le problème du cas fortuit, de la faute d'un tiers ou de la faute concomitante du lésé.

(38) ENGEL, p. 330; OFTINGER, I, pp. 79-83 et 94-99; KELLER, pp. 57-62; P. GIOVANNONI, «La causalité dans la responsabilité civile extracontractuelle», dans RJB 98,1962, pp. 274 et 279; J.-P. CHATELAIN, Tendances actuelles du Tribunal fédéral dans le domaine de la responsabilité civile, dans RSJB, 1969 pp. 218-221.

DESCHENAUX et TERCIER, p. 64: «La cause cesse donc d'être adéquate quand une autre cause apparaît à ce point prépondérante qu'elle rejette la première à l'arrière-plan. La causalité naturelle n'est en fait pas interrompue, car les causes ne cessent de s'enchaîner; mais l'élément considéré offusque la causalité des faits antécédents, concurrents ou subséquents.»

SAVATIER, pp. 300-301: «Le médecin ne répond pas du cas fortuit, c'est-à-dire du fait extérieur ayant causé le dommage, *indépendamment de toute faute de sa part.* Et les juges doivent tenir compte, à cet égard, de tout ce qu'il y a d'imprévisible dans les réactions d'un corps vivant. Cette imprévisibilité, quand elle existe, exonère le médecin.» Voir en outre la jurisprudence citée par l'auteur en note 96 (loc.cit.).

(39) RO 80 II 301 = JdT 1962 I 398.

(40) Pour une analyse plus détaillée de la «prédisposition», se reporter au Chap. VIII «La réparation du dommage», section 8 (causes de réduction de l'indemnité).

(41) GIOVANNONI, op.cit., pp. 274 et 277; CHATELAIN, op.cit., p. 218; OFTINGER, I, pp. 85-87; KELLER, pp. 53-54; SAVATIER, Traité, p. 300; PHARAON, p. 73 (et la jurisprudence citée par l'auteur en note 16); BOYER CHAMMARD, pp. 122 et 161.

Voir aussi RO 80 II 348 = SJ 1955, p. 577 = rés. JdT 1955 I 349, cité par OFTINGER-JEANPRPRETRE, op.cit. pp.253-254:

«En matière de responsabilité civile, on entend par prédisposition de l'organisme humain un penchant à contracter des lésions ou à réagir de manière anormale à certaines lésions (en l'espèce, il s'agit de la seconde éventualité). Si l'on considère les dernières conséquences d'un accident c'est-à-dire le dommage, la prédisposition constitue une cause concurrente et un cas fortuit. En principe, l'auteur du dommage n'en répond pas. D'où il suit — comme en l'espèce — qu'il faut réduire les dommages-intérêts proportionnellement à l'importance du rôle joué par la cause concurrente.»

lien de causalité (42). « Les effets se produisent dans le temps, à plus ou moins longue échéance, mais le temps lui-même ne peut rien changer au rapport de causalité ; il s'écoule passivement et n'a pas d'influence sur le dénouement (43). »

G) La survenance d'un dommage peut avoir, même au sens juridique (44), plusieurs causes (45). Il n'est pas nécessaire que l'acte ou l'abstention de l'auteur soient la cause unique (immédiate ou directe) du dommage pour que la responsabilité de ce dernier soit engagée ; il suffit que la cause soit médiate, qu'elle soit « un anneau de la chaîne des causes » et, naturellement qu'elle soit adéquate (46).

Si plusieurs auteurs ont commis ensemble le dommage, chacun est tenu pour la totalité du préjudice causé en commun (47) au lésé (responsabilité plurale, art. 50 et 51 CO), le recours interne demeurant réservé (48).

Dans l'hypothèse, enfin, où plusieurs actes médicaux se sont succédé, il y a lieu de retenir la responsabilité du médecin dont l'acte a été la cause, même secondaire et limitée, de l'accident, sitôt qu'elle est réelle et non négligeable (49) ».

(42) THILO, p. 36.

VON TUHR, pp. 80-81. L'auteur précise encore :

« Du point de vue logique, la durée du rapport de causalité est illimitée. Les effets de tout événement, et par conséquent aussi de l'acte dommageable, continuent indéfiniment et se font plus ou moins sentir dans tout le développement ultérieur des choses. A vrai dire, les événements s'enchaînent dans la vie de manières diverses et s'entrelacent tant et si bien que la relation originaire entre un acte et l'état de chose ultérieur ne peut souvent plus être constatée ou s'obscurcit dans la conscience humaine. »

Rennes, 17 octobre 1950, D. 1951, Somm. 15 :

« La radiodermite, dont les symptômes ne se sont révélés que plusieurs années après la fin d'un traitement radiologique, ne saurait être imputée à une faute du médecin qui a pratiqué ce traitement, lorsque les pièces produites par le malade ne permettent pas de retrouver l'existence d'un lien causal entre le traitement et la maladie pendant le temps qui a séparé l'un et l'autre, et de savoir si, au cours de ce délai, le patient n'a pas suivi un nouveau traitement chez un autre praticien... ».

Notons encore qu'il n'est pas nécessaire que la cause du dommage soit concomitante à l'acte médical même (Paris, 4 juillet 1932, D.P. 1932. 2.113).

(43) RO 57 II 36 = JdT 1931 I 322.

(44) C'est-à-dire même en appliquant la théorie de la causalité adéquate.

(45) VON TUHR, p. 73 ; OFTINGER-JEANPRETRE, p. 230.

RO 21, p. 806 ; RO 29 II 280 ; RO 35 II 324 ; RO 48 II 477 = JdT 1923 I 270.

(46) OSER-SCHOENENBERGER, No 82 ad art. 41 ; BECKER, No 32 ad art. 41 ; THILO, p. 36 ; VON TUHR, p. 73 ; OFTINGER-JEANPRETRE, p. 230.

RO 57 II 36 = JdT 1931 I 322.

Voir aussi JdT 1915 I 379 ; RO 42 II 364, 660 ; RO 43 II 325 ; RO 46 II 465 = JdT 1921 I 145 ; RO 48 II 150 = JdT 1923 I 270.

(47) Il en va de même dans le cas d'un dommage résultant non pas d'un acte commun, mais du concours de plusieurs actes distincts accomplis par des personnes différentes.

(48) VON TUHR, pp. 77-78 ; ENGEL, p. 329 ; OFTINGER, I, pp. 63-64.

(49) Paris, 5 mars 1957, D. 1957.452.

Voir aussi Angers, 24 janvier 1951, D.1951.210 :

« En matière de responsabilité médicale, il suffit que, parmi les causes dont la conjonction a occasionné le dommage, figure une faute du médecin pour que celui-ci soit tenu de réparer l'intégralité du dommage, sauf son action récursoire contre des tiers s'il s'en trouve, qui auraient commis, eux-mêmes, une faute concourant à la réalisation du préjudice. »

MAZEAUD, Leçon de droit civil, T. II, p. 513 : L'homme de l'art engage sa responsabilité du moment que sa faute a été la cause génératrice du dommage et il n'est pas nécessaire que la faute du médecin soit la cause unique du dommage.

Section 5. Une autre conception du lien de causalité: la théorie de la perte d'une chance de guérison ou de survie dans la jurisprudence française (50).

En droit français (51), comme en droit suisse, la preuve de l'existence du lien de causalité incombe au demandeur: ainsi, c'est au patient d'établir qu'il existe un rapport de causalité adéquate entre l'acte ou l'abstention du médecin et le dommage qu'il a subi. Chaque fois qu'il subsistera chez le juge un doute sérieux sur l'existence de ce lien de causalité, la responsabilité civile du médecin ne pourra être engagée (52).

Toutefois, à partir de 1965, une nouvelle tendance s'est manifestée dans la jurisprudence française concernant la responsabilité médicale: le médecin devra réparer le préjudice subi par un patient qui a perdu quelques chances de guérison ou de survie, même si le lien de causalité entre l'acte fautif du praticien et le dommage n'est pas établi (53).

A) La jurisprudence française

Pour mieux illustrer cette nouvelle théorie, il nous a paru utile de citer quelques arrêts français importants qui s'y réfèrent.

1) L'arrêt qui a inauguré la jurisprudence sur la perte d'une chance a été rendu par la Cour de Cassation civile, le 14 décembre 1965 (54).

Un enfant de huit ans, qui avait fait une mauvaise chute, fut soigné par le docteur P. qui diagnostiqua une fracture sans déplacement de l'extrémité inférieure de l'umérus droit. Le traitement prescrit se révéla inefficace, l'enfant éprouvant toujours des difficultés dans ses mouvements. Les parents consultèrent alors un autre médecin qui diagnostiqua, non pas une fracture de l'umérus, mais une luxation du coude. Le père de l'enfant ouvrit action.

Bien qu'ayant retenu, en se fondant sur les expertises médicales, «une faute initiale dans la méthode de recherche du diagnostic ayant entraîné l'erreur du praticien, et aussi l'erreur dans le traitement à appliquer», le tribunal de première instance débouta le demandeur, estimant que «la relation de causalité entre les fautes caractérisées du docteur P. et le préjudice sérieux de l'enfant n'était pas établie d'une façon certaine». En revanche, la Cour d'Appel de Paris réforma le jugement, le 7 juillet 1964. et affirma:

> «Des présomptions suffisamment graves, précises et concordantes existent. Elles permettent à la Cour d'admettre que l'invalidité dont reste atteint l'enfant est la conséquence directe de la faute retenue à l'encontre du Dr. P.».

(50) Sur la théorie de la perte de chances, outre la doctrine citée, infra, aux notes 51 à 89, cf. également François CHABAS, Vers un changement de nature de l'obligation médicale, J.C.P., 4 avril 1973, Doctrine 2541.

(51) SAVATIER, Traité, p. 301; BOYER CHAMMARD, p. 92.

(52) SAVATIER, op.cit., p. 301.

(53) BOYER CHAMMARD, p. 92.

(54) J.C.P., 1966.2.14753; BOYER CHAMMARD, p. 93.

Devant la Cour de Cassation, le défendeur soutint « qu'il ne pouvait être condamné que si une preuve certaine du lien de causalité entre la faute et le dommage était rapportée sans que les juges du fond puissent se contenter de présomptions dont le caractère hypothétique avait été relevé par les experts ».

En outre, dans son pourvoi, le Dr P. estimait que « l'arrêt attaqué ne pouvait, sans se contredire, décider que les erreurs commises par le médecin avaient eu pour effet de priver l'enfant de *chances de guérison* et condamner le praticien à réparer en *totalité* les conséquences de l'invalidité ».

L'arrêt de la Cour de Cassation considère que la Cour d'Appel, après avoir rappelé que les fautes reprochées au Dr P. étaient définitivement établies, a pu déduire à juste titre des documents fournis « qu'il existe des présomptions suffisamment graves, précises et concordantes pour admettre que l'invalidité dont est aujourd'hui atteint l'enfant est la conséquence directe de la faute retenue à l'encontre du Dr P. ». La Cour de Cassation estime ainsi, qu'ayant à apprécier « les chances de guérison » dont avait été privé le blessé, les juges du second degré ont pu, sans se contredire, faire droit partiellement à la demande du père de l'enfant et évaluer souverainement le préjudice.

2) *Arrêt de la Cour de Paris du 10 mars 1966* (55).

Une dame P. décéda le 4 avril 1958 dans une clinique, après avoir donné le jour à un enfant. Son mari, estimant que le décès était dû à l'insuffisance et à la tardiveté des soins mis en œuvre pour combattre l'importante hémorragie utérine qui s'était produite après l'accouchement, ouvrit action contre le Dr Y.

Les experts conclurent dans leur rapport qu'aucune faute professionnelle ne pouvait être retenue contre le médecin. Malgré le contenu de ce rapport, le tribunal de première instance retint un certain nombre de fautes à l'encontre du Dr Y. :

— le médecin avait quitté prématurément la salle de travail après un examen trop sommaire, alors que l'accouchée avait continué à perdre du sang, même sur le chariot qui la ramenait en chambre ;

— le praticien n'avait fait une perfusion de fibrinogène qu'environ quatre heures après la délivrance. Même si, aux dires des experts, une telle thérapeutique n'était pas toujours efficace à l'époque (en 1958, en effet, vingt pour cent des malades mouraient même si l'on appliquait ce traitement), le tribunal a estimé que cette injection tardive constituait une faute du médecin.

Les premiers juges furent donc d'avis que le Dr Y. avait commis des fautes professionnelles ; cependant, ils rejetèrent l'action du mari de la défunte, le décès de dame P. ne pouvant, selon eux, être attribué avec certitude au manquement du Dr Y. à ses obligations contractuelles.

Saisie d'un recours, la Cour d'Appel de Paris considéra que le tribunal de première instance avait précisé avec pertinence les fautes du Dr Y. Ainsi, selon la Cour, dame P. « s'est trouvée privée des soins attentifs qu'elle était contractuel-

(55) BOYER CHAMMARD, pp.94-95.

lement en droit de recevoir du praticien en qui elle avait placé sa confiance». Tout en reconnaissant que le lien de causalité entre la faute du médecin et le dommage n'était pas établi par le demandeur de façon péremptoire, la Cour a néanmoins estimé que les manquements du Dr Y. à ses obligations avaient «fait perdre d'importantes chances de guérison à dame P.». En conséquence, la Cour a accordé au mari de celle-ci une indemnité équivalant à la valeur qu'elle attribuait à ces chances.

3) *Arrêt de la Cour d'Appel d'Orléans, 27 février 1969* (56)

La Cour d'Appel d'Orléans, dans un cas de traitement d'un cancer, déclara textuellement:

> «Le médecin qui n'a pas recours aux remèdes classiques de la radiothérapie pour soigner un cancer du larynx, fait perdre à son patient quelques chances de guérison et d'amélioration et doit réparer le préjudice en résultant, dès lors que, pour minimes qu'elles aient été, les chances de résultat favorable et positif de l'électrothérapie à la première consultation n'étaient pas hypothétiques, mais réelles et certaines».

4) *Arrêt de la Cour de Cassation civile du 18 mars 1969* (57)

Un malade, K., fut opéré d'une appendicite par le Dr M. L'opération se déroula normalement, mais une occlusion intestinale se déclara peu après et le malade, conduit entre-temps dans un hôpital spécialisé, décéda d'une crise d'urémie.

En première instance, aucune faute n'avait été établie à l'encontre du praticien, ni par l'expert, ni par le juge, tant au point de vue de la technique opératoire que des soins post-opératoires. En outre, le diagnostic n'était pas critiqué et l'indication opératoire était correcte. Cependant, le chirurgien avait décidé l'opération après avoir vu le patient une seule fois en l'absence d'examens pré-opératoires, alors qu'il n'y avait aucune urgence. La précipitation dont fit preuve le praticien lui fut néanmoins reprochée par le premier juge de la manière suivante:

> «Aucune urgence n'imposait l'opération immédiate qui a été effectuée sans les examens pré-opératoires qui auraient pu être des plus utiles puisqu'ils auraient, sans doute, permis de déceler une tendance à l'urémie.»

Ainsi, le juge de première instance, puis, sur recours, la Cour d'Appel, condamna le Dr A. à indemniser la veuve de K. en estimant «qu'en imposant une intervention immédiate et en s'abstenant des examens pré-opératoires normalement prescrits en pareil cas, le Dr M. n'avait pas dispensé à K. les soins attentifs que celui-ci était en droit d'attendre d'un spécialiste».

Certes, le tribunal retint qu'il n'y avait pas de lien de causalité certaine entre la précipitation du médecin, l'absence d'examens pré-opératoires et les

(56) J.C.P., 1969.4.242.
(57) J.C.P., 1969, N° 16422.

conséquences fatales qui n'auraient pas forcément pu être évitées. Toutefois, la Cour d'Appel retint, puis, après elle, la Cour de Cassation, « qu'un préjudice peut être invoqué du seul fait qu'une chance existait et qu'elle a été perdue ».

5) *Arrêt de la Cour de Cassation du 27 janvier 1970*

Une dame C. désirait retrouver des seins de jeune fille. Elle alla consulter un chirurgien plasticien qui lui indiqua qu'elle devrait subir deux opérations successives, la première sous anesthésie générale, la seconde, plus bénigne, sous anesthésie locale. La première opération réussit parfaitement. En revanche, à la fin de la seconde opération, pratiquée à la xylocaïne, la patiente fut prise de convulsions soudaines et fit un arrêt cardiaque. L'opérée décéda peu après, malgré tous les soins (58) dont elle fut l'objet.

La mère de la victime ouvrit action, reprochant au chirurgien de ne pas avoir informé sa patiente de la gravité de la seconde opération et de ne pas avoir pris la précaution de se faire assister, même pour une anesthésie locale, par un médecin anesthésiste. Le chirurgien soutint, pour sa part, qu'il n'avait commis aucune faute, ce que confirmèrent les experts :

— la technique opératoire et le choix de l'agent anesthésique étaient corrects ;
— la présence d'un anesthésiste n'est pratiquement jamais requise pour une anesthésie locale.

La Cour d'Appel de Paris, dans un arrêt du 23 avril 1968 (59), condamna le chirurgien à payer à la mère de la victime une indemnité de Fr. 8000.–, tout en reconnaissant qu'il n'avait commis aucune faute technique.

La Cour estima notamment :

> « Il ne suffit pas, pour exonérer le chirurgien de toute responsabilité, quand des risques se réalisent au cours d'une intervention, qu'il n'ait rien fait qui ait concouru à leur survenance ; il doit, en outre, avoir pris toutes les dispositions utiles, le risque fût-il exceptionnel, pour y porter remède dans les conditions les plus efficaces et en limiter les conséquences.
> Même si la majorité des chirurgiens qui pratiquent des anesthésies locales ne se préoccupent pas, avant leur intervention, de pouvoir être aidés sur le champ, en cas de besoin, par un anesthésiste, un petit nombre du moins le font et le chirurgien qui n'a pas pris cette précaution a commis une imprudence au cas de décès de la patiente du fait de l'anesthésie.
> La responsabilité du chirurgien doit être retenue bien qu'il ne soit pas certain que, même appliqué dans des conditions précisées par l'expert, le traitement de l'accident, auquel l'opéré a succombé, en aurait évité les conséquences fatales. Il est certain, en revanche, qu'en n'y recourant pas, le chirurgien a compromis la chance de survie de l'opérée et il doit réparation à la mère de cette dernière, du préjudice que la perte de cette chance imputable à son imprudence a causé. »

(58) Masque à oxygène, injection d'adrénaline, massage cardiaque après ouverture du thorax, intubation trachéale appliquée par un anesthésiste spécialiste appelé d'un autre hôpital, ventilation, installation d'une perfusion de sérum glucosé, etc.

(59) J.C.P., 1968.2.15625.

La Cour de Cassation civile rejeta, le 27 janvier 1970, le pourvoi du plasticien en affirmant, une fois de plus, qu'« un préjudice peut être invoqué du seul fait qu'une chance existait et qu'elle a été perdue ».

6) *Arrêt du 17 novembre 1970 de la Cour de Cassation civile* (60)

La Cour a admis que « des retards et des lenteurs dans les soins avaient fait perdre à la patiente une chance d'éviter la longue immobilisation, les souffrances et les atteintes dont elle faisait état. »

7) *Premier arrêt de la Cour de Cassation civile du 25 mai 1971* (61)

Une femme avait mis au monde son huitième enfant le 28 décembre 1962 ; une hémorragie se déclara après la délivrance, hémorragie que la sage-femme parvint à arrêter ayant pris, par téléphone, l'avis du médecin traitant. Le 1er janvier 1963, la patiente avait regagné son domicile, mais son état s'étant aggravé, elle dut être admise à la Maternité de l'hôpital où elle décéda le 1er février 1963. Le mari de l'intéressée assigna en dommages-intérêts la sage-femme et le médecin.

En ce qui concerne le médecin, la Cour de Cassation a estimé que, même en l'absence de preuves, un lien de causalité existait entre la faute du médecin et le décès. Elle a retenu que, par son défaut de direction et de surveillance, le praticien avait laissé se développer l'anémie et l'affection et avait ainsi compromis les chances de guérison de la patiente.

La Cour de Cassation a rejeté le pourvoi du médecin, estimant qu'« en relevant la faute du médecin, les juges d'Appel ont pu décider, sans se contredire, que ces fautes avaient fait perdre à la malade une chance de survie et ont pu ainsi légalement justifier leur décision ».

8) *Second arrêt de la Cour de Cassation civile du 25 mai 1971* (62)

Un enfant présenta dès sa naissance des signes d'occlusion intestinale. Opéré quarante-huit heures plus tard, il avait été placé pour la nuit avec sa mère dans le service de chirurgie de la clinique et pris en charge par un médecin anesthésiste-réanimateur. Vers dix-huit heures, l'anesthésiste fut appelé pour remédier à un défaut d'oxygénation du sang (cyanose). Le médecin revint à la clinique vers vingt-deux heures, l'enfant éprouvant de sérieuses difficultés respiratoires ; puis il fut appelé une nouvelle fois vers quatre heures du matin : l'enfant était complètement cyanosé ; après plusieurs tentatives de réanimation et après deux arrêts cardiaques, le nouveau-né décéda.

Les parents de l'enfant ouvrirent action, notamment contre le médecin anesthésiste-réanimateur ; ils lui reprochaient de n'avoir pas prescrit, après l'intervention chirurgicale, une surveillance constante du nouveau-né par une

(60) Bull. Cass., 1970-I, N° 301, p. 247.
(61) BOYER CHAMMARD, p. 97.
(62) Ibid., pp. 97-98.

infirmière qualifiée alors que, selon les requérants, *la carence des soins privait toujours le malade d'une chance de survie* (63).

Un pourvoi fut formé par les parents contre l'arrêt qui les avait déboutés. La Cour de Cassation l'a rejeté au motif que « la Cour d'Appel avait relevé et déclaré que la preuve n'était pas rapportée que le décès ait été dû à l'absence de soins immédiats et éclairés et qu'il n'était pas certain qu'au moment de l'accident respiratoire ou dans les instants l'ayant précédé, l'enfant ait possédé encore une chance de survie, alors qu'il n'était pas exclu que le processus de mort eût été déjà engagé, ôtant ainsi toute chance de survie ».

B) Les insuffisances de l'expertise

Pour prendre sa décision et motiver son jugement, le juge doit pouvoir s'appuyer sur une expertise quand la cause qui lui est soumise présente des aspects techniques ou scientifiques complexes qu'un profane ne peut résoudre seul (64).

La mission de l'expert (65) consiste en effet à faire diverses constatations (66), notamment :

— à établir l'existence d'un dommage et à déterminer son montant ;

— à établir s'il y a une faute médicale et à préciser quelles sont les données acquises et actuelles de la science au moment de l'intervention du médecin ;

— à établir l'existence d'un lien de causalité entre l'acte fautif du praticien et le préjudice ;

— à tirer enfin une conclusion nette, impartiale, permettant au juge de trancher.

Les juges français ont eu trop souvent l'impression que l'expert, plus ou moins consciemment (67), n'exprimait pas entièrement sa conclusion, qu'il sous-estimait l'erreur constatée ou les conséquences d'un acte médical malencontreux, qu'il se montrait finalement très hésitant sur le lien de causalité (68) et qu'il s'abstenait fréquemment d'une conclusion trop nette ou trop désagréable (69).

« Imparfaitement aidé par les experts, mal adapté par sa formation à résoudre seul des problèmes scientifiques et techniques complexes, le juge est persuadé, à juste titre d'ailleurs, que, le plus souvent, la vérité lui échappe (70). » Dans la nécessité où il se trouve de résoudre le cas qui lui est soumis, le magistrat est contraint de rechercher de nouveaux critères, en dehors de l'expertise,

(63) Cf. aussi BOYER CHAMMARD, pp. 104 et 105 et la jurisprudence belge citée par l'auteur.

(64) LOMBARD, pp. 79 et 82.

(65) Nous analyserons plus en détail la mission de l'expert au chapitre IX « L'action en réparation », section 7.

(66) LOMBARD, pp. 58 et 84 ; BOYER-CHAMMARD, p. 102 ; BRUNHES, p. 26.

(67) Que ce soit pour des raisons confraternelles, par tolérance, par modestie, etc...

(68) BOYER CHAMMARD, p. 98.

(69) LOMBARD, pp. 77, 79, 80 et 82 ; BRUNHES, p. 194, qui cite un casus intéressant en note 317 ; BOYER CHAMMARD, p. 102, note 147.

(70) LOMBARD, p. 58.

pour déterminer la faute, le dommage, et surtout l'existence d'un lien de causalité. Il ne faut pas s'étonner, dans ces conditions, si « le juge incline à appliquer, en fonction des éléments dont il dispose et selon son intime conviction, la théorie de la perte de chances, critère juridique et solution généreuse » (71), seul moyen pour lui de rétablir l'équilibre qu'il estime souhaitable entre le patient et le médecin.

C) Le contenu de la nouvelle théorie

D'après la nouvelle théorie, il suffit, pour accorder des dommages-intérêts au patient lésé, que la faute (72) du médecin, dont l'existence a été établie, « ait compromis les chances de guérison ou de survie » du malade.

Il importe peu que le juge ne soit pas absolument sûr que la faute du médecin ait causé le dommage, il suffit que cette hypothèse soit simplement probable (73). Ainsi, le magistrat va considérer que la seule survenance d'un accident entraîne *ipso facto* la responsabilité du praticien qui a traité le patient; il présumera que le dommage est dû à l'intervention du médecin et non pas au cas fortuit (74).

Notons qu'il est souvent très difficile pour le patient de rapporter la preuve d'un lien de causalité entre l'acte fautif du médecin et le préjudice subi. Les tribunaux se rendirent compte que la jurisprudence avantageait le praticien et privait la plupart du temps le malade d'une indemnisation qui eût été pourtant équitable (75). La nouvelle théorie consacre finalement un renversement du fardeau de la preuve. Ce n'est plus au patient — demandeur — d'apporter la démonstration que la faute commise a causé le dommage, c'est bel et bien au médecin — défendeur — de prouver qu'il a tout fait pour tenter de sauver son malade, qu'il n'a rien à se reprocher et que tout résulte d'événements extérieurs: bref, le praticien doit apporter une preuve négative (76). Il pèse ainsi sur le méde-

(71) Ibid., pp. 61 et 80; BOYER CHAMMARD, p. 103.

(72) LOMBARD, pp. 81 et 82: Cette nouvelle jurisprudence retient toujours l'idée de faute, mais cette notion s'est peu à peu vidée de son ancienne substance. « La plupart des arrêts constatent, en effet, que le diagnostic a été correctement posé, qu'il n'y a pas trace d'erreur dans le dossier, bref, qu'il n'y a aucune faute flagrante. Mais ils estiment néanmoins coupable le médecin poursuivi. Peut-être aurait-il pu faire mieux? »

(73) La Cour de Cassation estime que la faute médicale consiste précisément à ne pas donner toutes ses chances au malade.

FROGE, p. 26, note que la jurisprudence sur la perte de chances n'estime pas nécessaire que la faute soit la cause directe et réelle du dommage; il suffit qu'elle ait pu contribuer dans des proportions variables au dommage.

(74) LOMBARD, p. 65, ajoute encore: Après avoir constaté le dommage subi par le patient et après avoir mis en évidence la faute du médecin, le juge aura la possibilité d'indemniser le patient « grâce à une véritable pétition de principe se résumant ainsi: avant l'opération ou l'acte médical, le malade était bien portant, après, il voit son état s'aggraver de façon imprévisible, ses chances sont perdues; il doit, même dans le doute, être indemnisé ».

BOYER CHAMMARD, p. 92.

(75) LOMBARD, pp. 58 et 61.

(76) Ibid., pp. 58, 65 et 83-85.

cin une présomption de causalité (77). Dès lors, le but de la nouvelle théorie est d'offrir au juge la possibilité d'indemniser plus souvent le patient que par le passé (78).

D) Les objections des adversaires de la nouvelle théorie

La jurisprudence sur la perte de chances a été vigoureusement critiquée par le doyen SAVATIER (79) à plusieurs reprises; commentant les premiers arrêts, SAVATIER a estimé qu'il s'agissait « de décisions isolées dont la thèse était inacceptable ». Il s'est demandé comment « une faute peut engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé » (80).

Les adversaires de la nouvelle théorie n'ont pas manqué d'en faire apparaître les inconvénients et les conséquences défavorables:

1) Elle marque un alourdissement singulier et inéquitable de la responsabilité du médecin puisque celui-ci est finalement appelé à répondre d'un préjudice même dans le cas où il serait impossible de l'imputer à faute au praticien (81).
2) Le juge se substitue au technicien (expert) dans l'appréciation d'une causalité et d'une faute particulièrement difficiles à déceler dans le domaine médical. L'empirisme juridique remplace ainsi le raisonnement des experts. Certes, le juge n'est jamais obligé de suivre l'avis d'un expert, l'opinion de ce dernier n'étant qu'un élément parmi tous ceux qui lui sont remis pour l'éclairer. Toutefois, il est surprenant que sur un problème médical fort complexe, le juge puisse prendre une position diamétralement opposée à celle du praticien. Une partie de la doctrine fait remarquer que, « jusqu'à preuve du contraire, on ne condamne pas,

(77) Ibid., p. 83: Dans l'impossibilité où il est de s'appuyer sur une certitude pour établir son jugement, le juge tiendra comme probable le lien de causalité entre la faute constatée et le préjudice subi, exprimant purement et simplement son intime conviction. En d'autres termes, le juge institue une présomption nouvelle que les textes ne prévoient nulle part. Le droit anglo-saxon connaît la règle *res ipsa loquitur* (la chose parle d'elle-même). En vertu de ce principe, le lien de causalité se trouve présumé, sauf preuve contraire, dès lors que les faits permettent raisonnablement de croire à l'existence de ce lien.

(78) LOMBARD, pp. 62 et 65; BOYER-CHAMMARD, p. 96, note 137.

Jean PENNEAU, Faute, erreur et responsabilité médicale, dans Instantanés médicaux, janvier 1973, p. 20:

« L'assurance a créé le lien nouveau entre la victime et le médecin: l'incidence patrimoniale de la responsabilité s'est diluée en médecine — comme en tout autre domaine — dans l'assurance. Dès lors, seule la victime attire réellement l'attention du juriste. On comprend alors ainsi l'évolution jurisprudentielle contemporaine: en présence d'un dommage qui apparaît souvent, dans le contexte du risque, avec un caractère fortuit, il est tentant pour le juge de recourir à la faute d'une manière purement verbale, pour accorder à la victime une réparation qui semble socialement justifiée et qui sera supportée en dernière analyse non par l'agent du dommage mais par son assurance. On sait que, dans cette optique, on est arrivé à faire bon marché de la nécessité d'un lien de causalité aléatoire. »

(79) Juriclasseurs, « Responsabilité civile médicale », Principes généraux, fasc. 30A, de novembre 1966, N° 116, et J.C.P., 1966.14753; du même auteur, note sous les arrêts du 14 décembre 1965 et du 10 mars 1966 de la Cour de Cassation.

(80) R. SAVATIER, D. 1970, chr. 123.

(81) LOMBARD, pp. 65 et 72: Le lien de causalité a ainsi cessé d'exister le jour où la Cour de Cassation, dans une conclusion lapidaire, a introduit le considérant de droit suivant: « Attendu qu'un préjudice peut être invoqué du seul fait qu'une chance existait et qu'elle a été perdue... »

même poussé par un désir légitime d'indemnisation, un individu au bénéfice du doute (82)».

3) Peu à peu la jurisprudence glissera de la notion de perte de chances à celle de risque (83) contre la survenance duquel chaque praticien devra s'assurer. A partir du moment où tous les médecins seront obligatoirement assurés contre le risque inhérent à l'acte médical, la médecine socialisée remplacera la médecine libérale (84).

4) Même s'il est exact que la réparation ne sera généralement pas supportée par l'agent du dommage (le médecin), mais par son assurance, il ne faut pas oublier que l'homme existe toujours derrière son patrimoine: «d'un processus dont les conséquences patrimoniales seront absorbées par l'assurance, une déconsidération, si minime soit-elle, sortira toujours et les réputations compromises par de telles condamnations ne se refont pas aisément» (85).

5) La nouvelle théorie de la perte de chances dissuadera le médecin de prendre le moindre risque. Les patients eux-mêmes ne trouveront plus devant eux que «des praticiens timorés pour lesquels l'exercice désormais routinier de leur métier (médecins défensive) sera une tentation pour échapper aux responsabilités» (86).

E) Les arguments à l'appui de la nouvelle théorie

Certains auteurs (87), tout en reconnaissant que la jurisprudence sur la perte de chances peut être critiquée sur le plan purement juridique, estiment néanmoins qu'elle se justifie sur le plan de l'opportunité. En effet, cette jurisprudence rétablit un certain équilibre entre le malade, qui est souvent bien en peine de faire la preuve d'une faute du praticien, et le médecin, qui bénéficie d'un préjugé plutôt favorable de l'expert médical.

«Quand le juge n'est pas absolument certain de l'existence d'un lien de causalité entre un acte fautif et un dommage, mais que cependant la faute reprochée et retenue a facilité dans une certaine mesure la survenance du préjudice, on ne peut pas reprocher au juge de prononcer une réparation partielle du dommage en se fondant alors sur la théorie de la perte de chances (88).»

Notons enfin que tous les arrêts rendus par la Cour de Cassation sur la perte d'une chance l'ont été par la Chambre civile. En effet, «la Chambre criminelle ne peut pas se contenter, pour condamner un médecin sur le plan pénal, de constater qu'il y a une chance que la faute ait causé le dommage. L'accusé doit profiter du bénéfice du doute qui est maintenant refusé au défendeur (89)».

(82) Ibid., pp. 64 et 72.

(83) Cf. A. TUNC, Rapport au 2e Congrès international de Morale Médicale, Paris, 1966, T.I., pp. 23 ss; L'assurance «tous risques médicaux», dans «Le médecin face aux risques et à la responsabilité», ouvrage collectif, Paris 1968, pp. 161 ss.

(84) LOMBARD, p. 105.

(85) PENNEAU, op.cit., p. 20; BOYER CHAMMARD, p. 103.

(86) BOYER CHAMMARD, pp. 102 et 103.

(87) Ibid., p. 98.

(88) Cf. Rapport de la Cour de Cassation pour l'année judiciaire 1970-1971, pp. 58 et 59.

(89) BOYER CHAMMARD, p. 99.

Section 6. Conclusions

Nous nous sommes étendu assez abondamment sur la causalité, notamment sur la théorie française de la perte d'une chance. En effet, parmi les conditions qui fondent la responsabilité civile, la causalité est finalement une des plus importantes et des plus complexes, particulièrement dans le domaine de la responsabilité médicale (90).

La causalité juridique diffère sensiblement de la causalité scientifique:

— L'homme de science cherche à établir des lois, des relations entre les phénomènes.

— Le juriste, qui n'a généralement pas la possibilité de répéter l'expérience, cherche à établir des responsabilités, c'est-à-dire à déterminer qui, de la victime ou de l'auteur du dommage doit en supporter les conséquences financières; les raisons de son choix relèveront par conséquent de considérations éthiques et économiques.

Un grand nombre d'éléments entrent dans la cause d'un phénomène. A des fins purement pratiques, dans un dessein évident de simplification, il faut hiérarchiser les antécédents et faire abstraction de certains éléments: On opère donc une sélection, forcément arbitraire, et on désignera comme cause l'antécédent qui, selon nos conceptions morales, est le plus désirable (91). C'est finalement le comportement de l'auteur apparent du préjudice qui éclairera la causalité; le juriste résoudra souvent le problème de la causalité en fonction de la faute du débiteur.

(90) Lorsque nous avons compulsé les dossiers de cas de responsabilité médicale que les compagnies d'assurances nous ont aimablement laissé consulter, nous avons été frappé par l'importance de la notion de causalité comparée aux autres conditions de la responsabilité civile médicale. C'est un problème sur lequel les experts n'arrivent malheureusement pas à se prononcer d'une manière catégorique quand ils ne l'escamotent pas tout simplement.

(91) LALANDE, Vocabulaire technique et critique de la philosophie, pp. 130-131: «D'une façon générale, on peut appeler cause toute condition sans laquelle un phénomène n'aurait pas eu lieu; et l'on choisit, parmi ces conditions, pour la nommer ainsi, celle que désigne un intérêt pratique. Suivant qu'on veut *mettre en cause* telle personne ou telle circonstance, on dira qu'un accident a eu *pour cause* la désobéissance d'un enfant, ou l'imprudence d'avoir laissé près de lui un fusil chargé etc. Mais ni l'un ni l'autre n'est essentiellement et par nature la cause de l'événement.»

BRUNHES, pp. 14 et 198-199: «Un malade peut mourir à cause d'une faute d'un médecin ou par suite de l'évolution mauvaise de la maladie. Il sera souvent difficile de déterminer quelle fut la cause réelle du décès: l'erreur médicale ou l'évolution pathologique?»

Voir aussi GAUTSCHI, pp. 386-387: «Wäre der Patient ohne Operation erfahrungsgemäss gestorben, oder hätte die Operation nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit zu einer Besserung des Leidens geführt, so wird es schwer halten, dem Arzt eine adäquat kausale Sorgfaltsverletzung nachzuweisen, wenn der Patient auch trotz der unsorgfältigen Operation stirbt, oder wegen ihrer Unterlassung geschädigt ist (RO 53 II 304/5, cons. 3; RO 57 II 211).

Chapitre VII

La faute

Section 1. La faute en droit commun (1)

A) Généralités

La faute est un manquement à la diligence due par l'auteur du dommage (2); elle consiste à causer un préjudice que le débiteur pouvait prévoir et pouvait éviter (3). Dans l'esprit de la majorité de la doctrine, la notion de faute contient un élément psychologique et une appréciation morale du comportement du débiteur (4). La faute, c'est finalement « l'erreur de conduite d'un individu qui peut lui être reprochée; c'est une attitude blâmable de sa part » (5).

(1) Sur la notion de faute en général, voir, entre autres, BECKER, ad art. 41, N° 87 ss.; VON BUEREN, pp. 48 ss.; ENGEL, pp. 104 ss.; KELLER, pp. 69 ss.; OFTINGER, I, pp. 120 ss.; OSER et SCHOENENBERGER, ad art. 41, N° 54 ss.; ROSSEL, pp. 83 ss.; VON TUHR, pp. 365 ss.; H.K. AEBI, Der Begriff des Verschuldens im Privatrecht und im Strafrecht, thèse Zurich 1967; E.W. STARK, Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts, rapport à la SSJ, 1967, dans RDS 1967, II, pp. 1 ss.

(2) ENGEL, p. 304; CUENDET, pp. 94-95; DESCHENAUX et TERCIER, p. 78.

(3) ENGEL, p. 312.

(4) ENGEL, p. 313: « La transgression (acte illicite ou violation d'une obligation contractuelle) renvoie à une norme objective, la faute à une condition subjective; non pas à l'acte dommageable, mais à l'intelligence et à la volonté de l'auteur, ce qu'il savait ou devait savoir de son devoir, *à la connaissance* de ce devoir et à sa volonté de s'y conformer. »

A notre avis, on peut considérer que l'accomplissement d'un devoir juridique ou l'exécution d'une obligation n'est pas possible pour chacun dans toutes les circonstances et que par conséquent la violation d'une obligation n'implique pas toujours une faute. La faute a donc un caractère moral et personnel que n'a pas l'illicéité; elle est un élément plus étroitement délimité, exigeant une référence précise à l'auteur du dommage.

Voir aussi CUENDET, pp. 96-121; ESMEIN, Rev. trim. 1949.481, N° 1.

(5) CUENDET, p. 120; OFTINGER, pp. 26 ss.; BECKER, I, p. 447.

VON TUHR, p. 339: « La faute est une attitude morale réprouvée par la loi et qui se manifeste à propos d'un acte illicite ou de la violation d'un contrat. Cette réprobation vise la méchanceté et la faiblesse de la volonté. »

ENGEL, p. 314: « Le juge ne peut pas faire abstraction totalement du blâme ou de la réprobation attachée à l'acte; encore faut-il que le reproche soit l'écho d'un jugement de valeur objectif, consacré par les conceptions morales prédominantes. Mais il sied de marquer que le critère de la réprobation est d'autant moins révélateur que le terreau de la faute est de plus en plus celui de la vie

B) Qualité de la faute

La faute la plus grave est celle qui est entachée de dol, c'est-à-dire marquée par l'intention de transgresser la loi ou de violer le contrat (6): l'auteur a voulu le résultat illicite. On peut assimiler à la faute intentionnelle le dol éventuel (7): le débiteur, sans vouloir le résultat illicite, envisage et accepte l'éventualité de sa survenance. Dans le domaine de la responsabilité médicale, ces deux hypothèses sont assez rares (8).

La faute médicale sera ainsi le plus souvent non intentionnelle: le praticien n'a pas voulu le résultat et il ne l'a pas non plus prévu, mais il aurait pu le prévoir s'il avait déployé l'attention suffisante et il aurait pu l'éviter s'il avait pris les mesures commandées par les circonstances (9).

On parlera de négligence *consciente* lorsque l'auteur, tout en prévoyant la possibilité d'un résultat illicite, n'observe pas l'attitude nécessaire pour éviter ce résultat, en espérant qu'il ne se produira pas; la négligence est en revanche *inconsciente* quand le débiteur n'a pas prévu le résultat illicite, mais qu'il aurait pu et aurait dû le prévoir (10).

technique; avoir freiné avec un dixième de seconde de retard parce que le soleil était aveuglant au sortir d'un virage ne provoque pas nécessairement une grave réprobation.»

OFTINGER, p. 121: «Verschulden ist eine näher zu umschreibende, eine Missbildung enthaltende Qualifikation eines menschlichen Verhaltens.»

PACHE, p. 46: «On ne peut parler d'une faute (qui implique un blâme de la conduite) que lorsqu'on doit porter un jugement de valeur sur le comportement dont a fait preuve l'agent du dommage, dans les circonstances particulières où il se trouvait. Il est donc évident qu'il ne suffit pas de savoir exactement quelles obligations avait assumées le débiteur pour dire s'il est fautif; en effet, ce dernier a peut-être rencontré des obstacles de nature à l'empêcher de remplir son engagement, et le contenu ou la nature du contrat n'indique pas la conduite à suivre dans chaque situation possible. Par conséquent, il faut en outre apprécier le comportement du défendeur en face de chaque difficulté survenue; s'il ne l'a ni prévenue ni surmontée, alors qu'il pouvait et devait le faire, il est en faute.»

Le TF a eu souvent l'occasion de rappeler que la faute est un comportement humain qui mérite un blâme (cf., entre autres, RO 51 II 183 = JdT 1925 I 456).

(6) OFTINGER, I, p. 124; ENGEL, pp. 317-318; R. SECRETAN, «Droit des obligations – Partie générale», Notes de cours, 5e édit., Lausanne, 1950, p. 167.

(7) VON TUHR, pp. 339-340; BECKER, I, pp. 226 et 497; SECRETAN, op. cit., p. 167; ENGEL, p. 318.

Cf. aussi RO 86 II 12 = JdT 1960 IV 66.

(8) Par exemple: un médecin fait durer la maladie de son patient pour obtenir des honoraires plus élevés.

(9) On parlera de *négligence* quand l'auteur a omis des mesures de précaution et d'*imprudence* s'il a commis un acte périlleux.

ENGEL, p. 318; OFTINGER, I, p. 121; BECKER, I, pp. 226 et 497; VON TUHR, p. 341.

GAUTSCHI, p. 386: «Sorgfalt ist das menschliche Verhalten, das erfahrungsgemäss, nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge (Art. 42 OR) zu Erfolg führt, Unsorgfalt das Verhalten, das erfahrungsgemäss den Misserfolg verursacht.»

BRUNHES, p. 179: «La faute, source de responsabilité, est constituée par le manquement à une obligation générale de diligence et de prudence.»

Pour KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 113, «la négligence révèle les mauvaises habitudes mentales».

(10) ENGEL, p. 318; CUENDET, p. 94; VON TUHR, p. 341; BECKER, No 90, ad art. 41; OFTINGER, p. 133.

(10 bis) La jurisprudence récente du Tribunal fédéral (RO 100 II 337) distingue également une faute **moyenne**. Cf. également, R. BREHM «A la recherche d'une faute moyenne», dans SJZ 63/1967, pp. 87-89.

C) Le degré de la faute

Le droit suisse distingue la faute grave de la faute légère (10 bis). Selon la jurisprudence, « commet une faute *grave* quiconque viole une règle élémentaire de prudence, néglige de prendre des précautions indispensables qui, dans les mêmes circonstances, se seraient imposées à tout homme raisonnable » (11). La faute lourde, c'est la faute crasse, l'erreur grossière et inexcusable (12) qui tombe sous le sens de tout homme moyennement avisé. La faute est d'autant plus grave que le résultat était facile à prévoir et à éviter.

La *faute légère* (13) est l'inobservation de la diligence normale de tout homme prudent. Le comportement du débiteur, sans être excusable, n'est pas particulièrement répréhensible. Comme le dit le Professeur R. SECRETAN, la distinction entre la faute grave et la faute légère est une différence de degré (quantitative) plus que de nature (qualitative) (14).

Section 2. La faute médicale

Examinons maintenant si la notion de faute médicale s'identifie à celle du droit commun ou si elle en diffère par des règles spéciales.

A) Genres de fautes médicales

La doctrine française distingue généralement trois types de fautes médicales (15):

a) *La faute banale* (16)

Comme tout homme, le médecin peut commettre des fautes qualifiées de banales parce qu'elles sont celles que chacun peut être amené à commettre et

(11) RO 64 II 237 = rés. JdT 1938 I 583; RO 88 II 430 = JdT 1963 II 295; RO 92 II 250 = JdT 1967 I 343.

Voir aussi, sur la notion de faute grave: OFTINGER, I, p. 133 et la jurisprudence citée par l'auteur à la note 65:

« Grob ist die Fahrlässigkeit nach einer vom Bundesgericht wiederholt abgewandelten Formen dann, wenn der Haftpflichtige unter Verletzung der elementarsten Vorsichtgebote das ausser acht gelassen hat, was jedem verständigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen hätte einleuchten müssen ».

BECKER, I, pp. 497-498.

(12) Le Prof. GILLIARD, souhaite qu'on introduise la notion de faute inexcusable du droit français de la sécurité sociale.

(13) OFTINGER, I, p. 133.

KELLER, p. 81, définit la cause grave: *« Ce qui ne doit pas se produire »*, et la faute légère, *« ce qui peut arriver »*.

RO 54 II 402; RO 82 II 25 = JdT 1956 I 324; RO 85 II 337 = JdT 1960 I 455; RO 96 II 172 = JdT 1972 I 83.

(14) R. SECRETAN, Etude relative à la distinction entre les notions de faute grave et faute légère, Lausanne, 1955.

(15) SAVATIER, Traité, pp. 240 et 290-291; du même auteur, note sous l'arrêt de la Chambre des requêtes du 30 novembre 1938 = D.1939.1.49; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 110-113 et 169-170; BRUNHES, p. 31; FROGE, p. 19.

Voir aussi THELIN, pp. 24, 36 et 59.

Cf., supra, p. 87 (Chap. IV, Sect. 3, litt. E).

que tout profane peut reconnaître (17). Ces fautes contre les règles de la prudence commune et de simple bon sens n'ont rien de spécifiquement médical (18).

Il s'agira par exemple:

— d'une écriture illisible, induisant en erreur le pharmacien ou une infirmière;
— d'une erreur d'organe à opérer;
— d'une erreur de posologie, de pourcentage dans une ordonnance, etc...

b) *La faute déontologique* (19)

C'est la faute sous son aspect éthique, c'est un comportement contraire à l'« humanisme correspondant au ministère médical » (20). Le médecin ne fait pas preuve de la diligence, de l'empressement, du dévouement, de l'attention, de la compréhension et de la consience morale qu'on est en droit d'attendre de tout praticien. Citons, par exemple:

— l'omission de porter secours à un malade quand il y a urgence;
— la non continuation des soins du médecin traitant à son patient ou l'abandon du malade;
— la faute volontaire contre la protection de la vie, de la santé ou de l'intégrité corporelle du malade (euthanasie, expérimentation, stérilisation, avortement, etc.);
— le défaut de conseil ou d'assistance morale au patient;
— le défaut de consentement ou l'absence d'information du malade;
— la violation du secret professionnel,
— etc...

c) *La faute technique* (21)

C'est la faute sous son aspect scientifique et clinique (diagnostic, indication, traitement); c'est la méconnaissance des règles de l'art.

Tandis que le juge peut trancher seul de la faute banale et de la faute déontologique, c'est généralement l'expert qui éclaire le magistrat profane sur les principes établis et communément appliqués de la science médicale (22).

(16) SAVATIER, Traité, pp. 294-295 et 313; BRUNHES, p. 33; BOYER CHAMMARD, p. 89.

(17) BRUNHES, pp. 31. 33-34.

(18) SAVATIER, Tr. resp. civ., T. II, p. 394: l'auteur définit la faute ordinaire, « étrangère à la technique médicale, comme une faute banale que le médecin commet comme tout homme pourrait le faire, sans que la technique médicale soit le moins du monde en cause ».

(19) SAVATIER, Traité, pp. 312-313; BRUNHES, pp. 34-41; BOYER CHAMMARD, p. 89; THELIN, pp. 24, 36 et 59.

(20) SAVATIER, Traité, p. 291.

(21) SAVATIER, Traité, pp. 291-294 et 313; BRUNHES, pp. 42-44; BOYER CHAMMARD, pp. 89-90; THELIN, pp. 36 et 59.

(22) Cf., infra, Chap. IX, « L'action en réparation », Section 7, « La mission du juge et de l'expert ».

La distinction entre ces trois types de fautes, bien qu'à première vue logique, est rejetée par certains auteurs (23). Selon eux, « le médecin en exerçant son ministère ne commet pas des fautes qu'un homme ordinaire pourrait commettre par le simple fait que l'exercice de la profession médicale est assujetti à des conditions spéciales ». Ainsi toute faute du médecin, aussi banale fût-elle, serait une faute professionnelle qu'il n'aurait pas commise s'il n'avait pratiqué son art.

Le refus de transférer un patient dans un établissement hospitalier serait une faute professionnelle même si elle peut paraître banale, parce que ce refus découle d'un pronostic établi par le médecin.

Le praticien qui se présente en état d'ivresse au chevet de son malade commet également une faute professionnelle, car la sobriété est une des conditions de l'exercice du ministère médical.

Cette façon de voir est, à notre avis, très discutable et nous préférons suivre l'opinion de la majorité des auteurs. En effet, si le refus, par exemple, de transférer un patient en clinique vient d'un pronostic erroné, il y aura faute technique contre les règles de l'art ; si ce refus est dicté par la légèreté, l'orgueil, voire l'égoïsme du médecin, il y aura alors faute banale ou ordinaire.

B) Mesure de la faute

La faute désigne, nous l'avons déjà vu, une erreur de conduite, une « déviation de ce qu'aurait dû être l'attitude normale du débiteur » (24). Mais quelle est cette attitude normale ? Il s'agit de préciser le degré de prudence et de diligence auquel est astreint le débiteur et de trouver ainsi un critère de référence.

La doctrine et la jurisprudence considèrent que le comportement de l'auteur du dommage doit être apprécié, en principe, *in abstracto* (25), selon un critère objectif : on comparera la conduite du défendeur à celle d'un débiteur-type (26). Ce modèle de référence, c'est, d'une manière générale, le *bonus pater familias* (27) des juristes romains.

Cette norme de comportement sera établie par le juge (28). La faute sera l'erreur de conduite que n'aurait pas commise un homme raisonnable, prudent,

(23) Cf. PHARAON, pp. 63-65 ainsi que la bibliographie et la jurisprudence citées par l'auteur (notes 62-70).

(24) CUENDET, p. 89.

(25) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 108, souligne que la faute pénale, à la différence de la faute civile, s'apprécie *in concreto*.

(26) Cf., entre autres, OFTINGER, I, p. 124 ss. ; BECKER, N° 93 ad art. 41 et N° 70 ad art. 97 ; OSER et SCHOENENBERGER, N° 65 ad art. 41 et N° 16 ad art. 97 ; FICK, N° 16.35-37, ad art. 41 ; VON TUHR, pp. 341-342 ; E. STARK, Rapport à la SSJ (op. cit.), p. 123 ; CHATELAIN, Tendances actuelles, RJB, 105, 1969, p. 227 ; CUENDET, pp. 82, 88, 95, 109 ; ENGEL, pp. 313 et 481 ; PACHE, pp. 46 et 70.

RO 67 I 319 ; JdT 1944 I 418.

Voir aussi, pour la doctrine française, notamment : SAVATIER, Tr. resp. civ., T. I, p. 5 ; MAZEAUD, Tr. resp. civ., T. II, p. 372 ; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 104 ainsi que la doctrine et jurisprudence citées par l'auteur en note 1 ; ESMEIN, Rev. trim. 1949.484, N° 5 ; PENNEAU, op. cit., p. 21.

(27) Cf., supra, note 26.

La notion du bon père de famille a été « modernisée » et précisée ; on parlera de préférence d'un homme prudent et avisé (CUENDET, p. 90).

d'une diligence et d'une expérience moyenne, de la même catégorie sociale et professionnelle, placé dans la même situation objective que le débiteur, en faisant abstraction des données particulières au sujet en cause (29).

Le comportement de l'auteur du dommage peut s'écarter plus ou moins de celui de l'homme avisé qui sert de type de comparaison (30): on pourra ainsi distinguer le degré de la faute (grave ou légère).

Analysons les caractéristiques de ce modèle en reprenant la définition esquissée plus haut:

1) Il s'agit d'un **homme avisé, raisonnable, prudent, aux qualités moyennes, agissant normalement** (31).

Ce n'est ni un surhomme, ni un individu *très* prudent ou *très* diligent, donc idéal, mais un modèle concret, éminemment humain. Le degré de soins que le débiteur doit apporter à l'exécution de ses obligations se situe entre l'incurie et la minutie excessive ou paralysante (32).

Il est impossible de demander à tous les médecins le même talent et la même habileté; mais, comme l'affirme à juste titre POMMEROL (33), «entre la maladresse évidente du médecin ignorant et léger et la merveilleuse dextérité de certains spécialistes, se place l'examen simplement consciencieux du praticien dont on ne peut incriminer les résultats».

2) Le modèle de comportement doit appartenir **au même groupe social et à la même catégorie professionnelle que le débiteur** (34) dont il s'agit d'analyser la conduite.

Le juge prendra en considération le genre d'activité de l'auteur du dommage: le modèle de référence doit posséder les connaissances et l'habileté communément répandues parmi les individus exerçant la même profession (35): on parlera ainsi d'un *médecin* avisé et prudent (36).

(28) CUENDET, p. 96.

RO 90 II 9 = JdT 1964 I 354: «Le juge apprécie la faute en se formant une conviction qui, en dernière analyse, résulte d'une échelle des valeurs, de l'expérience de la vie et la connaissance des hommes.»

(29) Cf., supra, note 26.

Voir également THILO, p. 48; PACHE, pp. 75 et 90.

(30) CUENDET, p. 92.

(31) Sur la notion *d'homme moyen* avisé, cf., notamment, CUENDET, pp. 90-95; OFTINGER, I, pp. 124 ss.; OSER, N° 65 ss, ad art. 41 CO; PACHE, pp. 46 et 70; ENGEL, p. 481; VON TUHR, p. 341.

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 104, ainsi que la jurisprudence et la doctrine citées par l'auteur sous note 1; PENNEAU, op.cit., p. 21; DEMOGUE, Tr. des obligations, T. VI, p. 164.

(32) CUENDET, p. 91.

(33) POMMEROL, p. 24; BRUNHES, p. 203.

(34) CUENDET, pp. 91-92; OFTINGER, I, p. 128; STARK, Rapport à la SSJ, p. 123; CHATELAIN, Tendances actuelles..., dans RJB 105, 1969, p. 227; VON TUHR, p. 341; PACHE, pp. 75 et 90; THILO, p. 48; ENGEL, p. 313.

SAVATIER, Tr. resp. civ., T. I, p. 5; MALHERBE, p. 77.

RO 79 II 424 = JdT 1954 I 557 = «Un magistrat normalement soucieux de ses fonctions.»

(35) CUENDET, pp. 91-92.

(36) LOEFFLER, p. 52; KOENIG, p. 53; EBERMEYER, p. 91.

THILO, p. 48, note que la faute professionnelle doit s'apprécier professionnellement, c'est-à-dire en comparant la manière d'agir du médecin à celle d'un autre médecin placé dans les mêmes conditions.

En outre, à l'intérieur de la profession, on tiendra également compte de la formation, de la spécialisation et du rang professionnel (37).

3) Le débiteur-type doit être placé **dans la même situation, dans les mêmes circonstances externes ou concrètes** que l'auteur du dommage (38).

La mesure de la diligence requise doit se déterminer en tenant compte des circonstances particulières de chaque cas, notamment des conditions de temps et de lieu (39).

On se montrera beaucoup moins exigeant pour le généraliste, le médecin de campagne ou l'omnipraticien, qui exercent souvent leur profession dans des conditions difficiles, que pour le spécialiste d'une grande ville ou pour le chef de clinique d'un service universitaire (40).

Le « coup de feu », la fièvre de l'action, l'urgence, s'ils excusent, dans une certaine mesure, l'erreur du médecin, ne le disculpent pas entièrement, car le praticien doit avoir acquis, au cours de ses études et dans l'exercice de sa profession, un certain sang-froid, plus grand que celui d'un profane (41).

4) **Il s'agit d'un homme accomplissant l'acte considéré** (42)

On examine la nature de l'acte incriminé. La difficulté et le danger de l'entreprise jouent un rôle; la diligence doit être adaptée aux circonstances. Un

(37) OFTINGER, pp. 125, 128 et 129 ainsi que la jurisprudence citée par l'auteur aux notes 29 à 37; LOEFFLER, p. 53, note 34; OSER et SCHOENENBERGER, N° 65 ad art. 41; BECKER, N° 94 ss. ad art. 41.

ENGEL, p. 481: « Le créancier est en droit d'attendre du débiteur la prestation de l'obligation promise selon l'étendue qualitative qu'indiquent les qualifications et les titres ou les grades dont se prévaut le débiteur; on exige plus d'un ouvrier qualifié que d'un manœuvre, plus d'un ingénieur diplômé que d'un manœuvre, plus d'un ingénieur diplômé que d'un technicien, plus d'un chef de clinique que d'un médecin de campagne. »

(38) CUENDET, p. 92; OFTINGER, p. 128; PACHE, pp. 71, 75 et 90; THILO, p. 48; LOEFFLER, p. 54.

MALHERBE, p. 77; PENNEAU, op.cit., p. 21; MAZEAUD, Tr. Resp., T. II, p. 372.

(39) PACHE, pp. 28 et 90; CUENDET, p. 91; BECKER, N° 63 ad art. 97.

ROSENSTIEL, Resp. du médecin, FJS 846: « Il convient de tenir compte des circonstances du cas, des conditions de lieu et de temps, ainsi que des moyens dont le praticien disposait. Le juge appelé à statuer sur la question de la culpabilité doit se placer dans la situation où se trouvait le médecin au moment où il devait établir le diagnostic et traiter le patient. »

Voir aussi RO 64 II 207 ss.

(40) THELIN, pp. 120-121; THILO, pp. 17-18; GAUTSCHI, p. 381.

LOEFFLER, pp. 49, 53 et 54: « Es ist klar, dass in einem modern eingerichteten Krankenhaus, in einer mit den neuesten Errungenschaften ausgestatteten Stadtpraxis, dem dort tätigen Arzt ganz andere Hilfsmittel zur Verfügung stehen als einem Landarzt, der in der Lage kommen kann, unaufschiebbare Operationen unter den denkbar schlechtesten Verhältnissen durchführen zu müssen. »

Voir aussi BRUNHES, pp. 77-78 et l'arrêt cité par l'auteur en note 133;

Du même auteur, p. 203: « On ne peut pas attendre la même connaissance des symptômes d'une maladie rare ou des dernières observations et techniques médicales chez le médecin de campagne et l'ancien interne des hôpitaux, chez le médecin de médecine générale et chez le spécialiste. »

(41) CUENDET, p. 90; PACHE, p. 71; LOEFFLER, p. 55.

(42) CUENDET, pp. 91-92; ENGEL, p. 313; PACHE, p. 71.

VON TUHR, p. 341: « Ce qui est déterminant, c'est la nature de l'acte en question. »

OFTINGER, p. 129: « Des soins seulement courants sont insuffisants pour une activité difficile ou dangereuse. »

Du même auteur, p. 128, notes 31-34.

BECKER, N° 90 ad art. 41: « Le degré de diligence dépend en premier lieu de l'activité de la personne en cause: un homme avisé et prudent n'apportera pas à un acte difficile nécessitant une grande concentration le même soin qu'à une occupation de routine. »

homme avisé apportera plus de soins à un acte difficile et périlleux qu'à une occupation de routine.

«Si l'usage consiste à prendre une précaution, le juge en tiendra compte presque automatiquement; en revanche, si l'usage s'est établi de ne pas prendre une certaine précaution, le juge doit examiner si cet usage est raisonnable. Du fait qu'un abus est répandu, il ne cesse pas d'être un abus (43).»

Il est toutefois impossible d'éviter tous les accidents. Si l'auteur a observé les précautions commandées par les circonstances, on ne saurait lui reprocher de n'avoir pas pris une mesure extraordinaire qui — on le constate après coup — aurait empêché le dommage de se produire.

5) **Le modèle de comparaison est un débiteur-type abstrait**

La négligence est un critère objectif et abstrait (44); il ne s'agit pas de porter un jugement moral sur la conduite de l'auteur du dommage, ni de sonder l'état d'âme de l'agent, ni de se demander si sa conscience est en paix. (45). L'appréciation *in abstracto* interdit, en principe, de tenir compte de conditions subjectives (internes) dans lesquelles se trouvait l'auteur du dommage.

On peut tout de même prendre en considération certaines circonstances personnelles du débiteur (46). Mais on doit en revanche faire abstraction des données particulières au sujet en cause, se rapportant strictement à son individualité, à ses qualités ou à ses défauts (47) (fatigue, distraction, préoccupations, manque de force morale ou d'intelligence, etc.).

(43) CUENDET, pp. 90-91, qui ajoute encore à la page 92: «Il faut se représenter ce type abstrait sous l'aspect d'un homme avisé et déployant un degré raisonnable de soin quels que soient l'intelligence et le soin «moyens» au sein du groupe social. Pour cette raison, la considération des usages n'a qu'une valeur indicative.»

Cass., 1er juillet 1958, D.1958.600: «Il appartient aux tribunaux de se refuser à consacrer l'usage, s'ils l'estiment contraire aux règles de la prudence, à condition de ne se prononcer à cet égard qu'avec circonspection, en s'abstenant de s'immiscer dans l'examen de théories ou de méthodes controversées et en s'entourant au besoin des garanties scientifiques nécessaires.»

(44) CUENDET, p. 95; VON TUHR, p. 341.

(45) CUENDET, pp. 114 et 116.

(46) CUENDET, pp. 104 à 107 et 115: «On tiendra compte des infériorités physiques dans la mesure où l'on ne peut attendre de celui qui en souffre qu'il renonce à l'activité en cause et des supériorités individuelles.» Il ne faudrait pas en effet que l'appréciation in abstracto autorise les plus doués à adopter une conduite inférieure à celle qu'ils pourraient avoir.

(47) PACHE, p. 71; CUENDET, pp. 88, 106 et 109; LOEFFLER, pp. 50-54; MAZEAUD, Traité, N° 431-438 et 447-487.

Concernant le manque de connaissances techniques, cf.: RO 29 II 506; RO 49 I 473; RO 57 II 65; SJ 1953, 410.

Un médecin ne peut invoquer son âge pour excuser son incapacité de s'adapter aux nouvelles acquisitions de la science (RO 72 II 317; LOMBARD, p. 40).

Un médecin ne peut se disculper d'une faute professionnelle à cause de sa dépression (SJZ 48, 160).

Un automobiliste ne peut exonérer sa responsabilité civile du fait que son inattention dommageable est due à la tristesse que lui cause le décès subit de sa femme, si compréhensible que soient ses sentiments (OFTINGER, p. 127).

D'une manière générale, on tient compte du sexe et de l'âge de l'auteur; d'un jeune, on attend moins d'expérience, d'une femme, moins de force physique (OFTINGER, p. 128 et CUENDET, p. 90).

Un chirurgien ne pourra pas invoquer le fait qu'il entreprend pour la première fois telle opération pour dégager sa responsabilité (LOEFFLER, p. 54).

La diligence, enfin, ne s'apprécie pas selon les idées ou les habitudes du débiteur, mais selon ce qu'une personne raisonnable tiendrait pour nécessaire dans les circonstances données (48). Ainsi, la confection du modèle de référence met en lumière le caractère social de la responsabilité civile. Le débiteur-type est en effet une notion variable et dynamique qui se modifie avec le temps et change selon le genre d'affaires; elle n'est pas une pure abstraction (49).

C) Quelques exemples de fautes médicales retenues par la jurisprudence suisse et française

Dresser une liste de tous les actes médicaux considérés comme fautifs par les tribunaux serait impossible et fastidieux. Pour illustrer ce que nous avons dit plus haut, nous pouvons néanmoins donner quelques exemples (entre bien d'autres espèces) où la responsabilité du médecin a été engagée.

1. *Appareils et instruments défectueux* (50)

Un radiologue avait pratiqué sur un malade un traitement par rayons X; ceux-ci provoquèrent une radiodermite. En l'espèce, il ne s'agissait pas, à proprement parler, d'une faute du praticien, mais d'une défaillance de l'appareil due au desserrage de la vis d'un volet au cours de la séance, par suite de vibrations. La responsabilité civile du radiologue fut retenue (51), les experts ayant estimé que la faute du médecin provenait:

— soit de ce qu'il n'avait pas serré la vis;
— soit de ce qu'il avait omis de constater ou de réparer le jeu qu'elle avait pris;
— soit de ce qu'il avait mal assujetti le volet protecteur.

Un patient fut victime d'une radiodermite provoquée par un excès d'exposition aux rayons; le radiologue, se confiant entièrement au contrôle exercé par ses appareils, n'avait pas surveillé au cours du traitement l'action des rayons X sur l'organisme du malade. Dans un arrêt du 10 mars 1948 (52), la Cour d'appel

Les particularités personnelles du débiteur influant sur sa capacité d'agir raisonnablement ne peuvent être prises en considération; on peut tenir compte en revanche des autres particularités dans l'élaboration du type de comparaison (CUENDET, p. 89).

«Die subjektive Entschuldbarkeit eines schädigen Verhaltens ist unerheblich; unter gleichen Umständen muss dieselbe sorgfalt verlangt werden» (OFTINGER, p. 127; RO 69 II 332).

(48) VON TUHR, p. 341.

(49) CUENDET, p. 92; PHARAON, p. 61.

(50) Outre les exemples mentionnés aux notes 51 et 52, infra, voir aussi Paris, 22 décembre 1953, D. 1954, 175 (brusque rupture du volant d'une table d'opération); BOYER CHAMMARD, p. 43 et KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 348 (brûlure d'un opéré provoquée par le mauvais fonctionnement d'un bistouri électrique).

(51) Cass. civ., 28 juin 1960, JCP, 1960.II.11787, note SAVATIER.

(52) D. 1948 (Somm.) 23.

Voir aussi THELIN, pp. 67 ss.

En revanche, l'action d'un patient fut rejetée dans le cas suivant: Au cours d'une opération, un fragment d'aiguille reste dans le doigt d'un patient qui constate que sa main est paralysée après l'intervention. Le tribunal a jugé que si la technique du praticien est correcte, c'est-à-dire s'il utilise convenablement un instrument adéquat et en bon état, il ne saurait être rendu responsable d'une rupture de celui-ci. La responsabilité du praticien serait par contre engagée s'il ne se conduisait pas comme les circonstances l'exigent: il doit tenter, si possible, de retirer les fragments brisés et, dans

de Montpellier a retenu la responsabilité du praticien estimant que « le médecin ne peut dégager sa responsabilité en invoquant le défaut de fonctionnement du procédé de contrôle employé par lui et admis par la pratique médicale. Il commet une faute professionnelle caractérisée en poursuivant l'opération sans s'apercevoir assez tôt de la défectuosité de son procédé de contrôle ».

2. *Erreur dans une publication scientifique*

Le tribunal répressif de Kiel a condamné un médecin qui, se fiant au texte d'un article paru dans une revue scientifique, avait pratiqué une injection de percaïne dans une solution à 1 % au lieu de 1‰, ce qui provoqua le décès du patient, une heure après l'injection. Bien que l'erreur contenue dans l'article de la revue ne fût pas imputable au praticien, le tribunal a toutefois retenu sa responsabilité en lui reprochant de n'avoir pas complété son information auprès de spécialistes, compte tenu de la nouveauté du traitement (53).

3. *Ordonnance illisible, incomplète, peu claire ou erronée*

Dans le cas d'une ordonnance médicale contenant une erreur que ne pouvait détecter le pharmacien ou l'infirmière qui la reçoit, il y aura faute technique lorsque la posologie prescrite par le praticien est erronée à la suite d'une ignorance des règles de l'art et faute banale s'il s'agit d'une erreur de calcul ou d'une étourderie, alors que le médecin connaît fort bien la dose adéquate.

Selon la doctrine et la jurisprudence, l'ordonnance doit être précise (54), lisible (55), complète (56), compréhensible (57). La responsabilité du médecin

tous les cas, informer son malade de l'accident, lui expliquer la situation et la manière de se conduire si des troubles devaient en résulter.

(53) BRUNHES, p. 84; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 644-645; KOHLHAAS, pp. 514-515.

Trib. corr. Seine, 13 avril 1911, Gaz. Trib. 1911 II 374: « Un médecin, corrigeant mal les épreuves de son livre, y porte, comme normale dans les remèdes qu'il recommande, une dose en réalité toxique d'un médicament. Condamnation pénale. »

(54) Cour d'Appel de Toulouse, 17 mai 1902, (arrêt cité par KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 644): erreur sévèrement sanctionnée d'un médecin qui avait écrit sur une ordonnance « morphine » au lieu de « quinine ».

Voir aussi LOMBARD, p. 38 et BOYER CHAMMARD, p. 152.

(55) BOYER CHAMMARD, p. 152 et LOMBARD, p. 38; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 285; SAVATIER, Traité, p. 260.

KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 287: l'ordonnance « téléphonée » doit être compréhensible eu égard à la personne qui la reçoit et l'exécute, et complète, la référence au mode d'emploi ne constituant pas toujours une garantie suffisante.

Angers, 11 avril 1946, JCP 1946, II, 3163: faute constituée par une mauvaise graphie d'une ordonnance concernant le dosage d'un médicament, ce qui induit le pharmacien en erreur et provoque l'empoisonnement du malade.

Sur la responsabilité du pharmacien en cas d'erreur dans une ordonnance, cf. KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 646, note 9.

(56) BOYER CHAMMARD, p. 152; LOMBARD, p. 38.

SAVATIER, Traité, p. 295: Un médecin omet, sur l'ordonnance, d'indiquer la dose du médicament, de sorte que le malade absorbe celui-ci en quantité nuisible.

Trib. de la Seine, 28 juillet 1894: « Un médecin avait, en vue d'une analyse, fait figurer sur son ordonnance, sans autre explication, des pilules destinées à être dissoutes dans l'urine du patient; ce dernier avait avalé les comprimés et en était mort. »

(57) SAVATIER, Traité, p. 260.

peut cependant être partagée avec celle du pharmacien qui « professionnellement, aurait dû être en éveil » (58).

4. La Cour d'Appel de Douai (59) a retenu la responsabilité d'un chirurgien qui, malgré une *infirmité* (impotence complète de la main droite), avait continué ses activités, pratiquant une opération délicate.

5. *Divers*

— Brûlures provoquées par des bouillottes trop chaudes au cours du réchauffement nécessaire de la plupart des opérés (60).
— Sectionnement accidentel d'un nerf facial au cours d'une opération (61).
— Chute du patient de la table d'opération au cours d'un électrochoc, sous l'impact du courant (62).
— Défaut de stérilisation des instruments chirurgicaux (63).
— Injection sous-cutanée d'une spécialité pharmaceutique qui devait être administrée par voie intraveineuse (64).
— Faute technique lors de la confection d'un plâtre (65).
— Oubli de corps étrangers (compresses, instruments, etc.) à l'intérieur de la plaie, dans le champ opératoire (66).
— Erreur de posologie, sur le monde d'administration ou sur la nature du médicament (67).
— Irradiation trop prolongée aux rayons X (68).
— Erreur d'organe à opérer (69).

(58) Angers, 11 avril 1946, JCP 46, II, 3163.
(59) Douai, 19 janvier 1931, Gaz. Pal. 1931.2.775.
(60) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 348.
(61) BOYER CHAMMARD, p. 43.
(62) Aix, 27 janvier 1961.
(63) RO 64 II 234; cf. également KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 290; NEGRE, pp. 125-126.
(64) RO 62 II 275; voir aussi Cass. civ., 13 mars 1973, D., 6 juin 1973, Somm. p. 84.
(65) RO 18 I 340; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 297; BOYER CHAMMARD, p. 152.
(66) RO 30 II 309; EBERMAYER, p. 91; KOENIG, pp. 57 et 78; ROSENSTIEL, Resp. du médecin, FJS 846, p. 5.
Cass., 6 mai 1959; Cass. civ., 26 janvier 1972, JCP 1972.IV.60.
BOYER CHAMMARD, pp. 43, 157-158; LOMBARD, p. 39.
(67) BRUNHES, pp. 85-85; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 290.
(68) BOYER CHAMMARD, p. 154.
Voir aussi RO 53 II 424 (oubli d'employer un filtre de zinc lors d'une radiographie à haut voltage).
(69) BOYER CHAMMARD, pp. 158 et 159; LOMBARD, p. 38; GAUTSCHI, p. 180; Trib. civ. Seine, 25 janvier 1949, Gaz. Pal. 1949, I, 217.

Section 3. Les règles de l'art (70)

Le médecin met au service de ses malades les connaissances qu'il a acquises au cours de sa formation professionnelle (71). L'acte médical doit être pratiqué convenablement, avec bon sens, conformément aux règles de l'art. Le praticien doit donner les soins commandés par l'état du patient (72). Comme le dit SAVATIER (73), «l'acte posé par le médecin en vue de guérir n'est un acte médical que s'il repose sur l'usage, au moins apparent, de connaissances biologiques unies à une technique appropriée».

Dès la fin du XIX^{e} siècle et surtout au XX^{e} siècle, la mise en commun des connaissances scientifiques et techniques, la publication des procédés nouveaux dans des revues spécialisées, la confrontation des idées et leur étude au sein de sociétés savantes ou de congrès ont permis de dégager la notion de «données acquises de la science», reprise plus tard par les juristes (74).

Selon le Tribunal fédéral (75) et la doctrine suisse (76), les règles de l'art sont les principes établis par la science médicale, généralement reconnus et admis, communément suivis et appliqués par les praticiens.

Pour la jurisprudence et la doctrine françaises (77), le praticien est tenu de prodiguer aux malades des «soins consciencieux, attentifs, conformes aux données acquises de la science (78) et aux règles consacrées par la pratique médicale courante» (79). Les règles de l'art sont ainsi «les procédés connus, enseignés et appropriés» (80). Pour KORNPROBST (81), ce sont les usages professionnels et

(70) En allemand: «Kunstfehler», en anglais: «Malpractice».

(71) THELIN, p. 36.

(72) SAVATIER, Traité, pp. 261-262; PHARAON, p. 25.
Limoges, 25 octobre 1955, JCP 1956.9021.

(73) SAVATIER, Traité, p. 11.

(74) DEBRAY, pp. 32-34.

(75) Voir, entre autres, RO 53 II 419 = JdT 1928 I 582; RO 64 II 200 = JdT 1938 I 567.

(76) THILO, pp. 15-16; THELIN, p. 56; CUENDET, p. 127.
L'inobservation des règles de l'art, c'est une contravention aux règles de l'art, telles qu'elles résultent de principes généralement reconnus et appliqués; ce serait une violation à l'orthodoxie thérapeutique si cette dernière existait. Elle met en cause les qualités professionelles, techniques, scientifiques du médecin par opposition aux qualités personnelles, telles la minutie, l'attention, la diligence, l'intelligence, etc. (THELIN, p. 24).

(77) Cass. civ., 20 mai 1936, D. 1936.1.88; Cass. civ., 1er juillet 1958, D. 1958.600; Cass. civ., 31 mai 1960, D. 1960.571; SAVATIER, Traité, pp. 261-262.

(78) Selon LOMBARD, pp. 34-36, «l'expression *données acquises de la science* sent le juriste. Cette formule est mal exprimée; elle fut du reste précisée par la jurisprudence qui spécifia que le médecin ne devait, sauf dans ces cas exceptionnels, ne mettre en œuvre que des procédés *connus, enseignés et appropriés.*»
DEBRAY, p. 38, estime que le critère des *données acquises de la science* ne suffit pas et qu'il faut recourir également à celui des *règles consacrées de la pratique médicale.*

(79) PHARAON, p. 25, relève que le médecin doit recourir à une méthode reconnue, efficace, selon l'état actuel de la science.
KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 182-183: la notion de «pratique courante» est une autre façon d'évoquer les données acquises de la science.
BOYER CHAMMARD, p. 123: la responsabilité du médecin doit être appréciée par le juge eu égard à l'état de la science et aux règles consacrées de la pratique médicale, étant entendu qu'il convient de se placer à la date des faits.

(80) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 247; LOMBARD, p. 35.

les devoirs qui s'imposent à tous les membres d'une même corporation, les règles générales dont l'ignorance constituerait une faute grave, les soins usuels (82).

Les essais de définir les règles de l'art n'ont abouti à aucun résultat (83). Le Tribunal fédéral, d'ailleurs, a reconnu que dans une profession si complexe où les opinions sont multiples et parfois divergentes (conflits d'écoles) et dans une science si évolutive (progrès perpétuels), il est difficile «de fixer des procédés constants ou de codifier les règles de l'art trop mouvantes» (84).

Ainsi, le problème de la faute contre les règles de l'art ne doit être étudié que sur le plan de la casuistique. Dès lors, les tribunaux, s'appuyant sur l'avis des experts, donnent de cas en cas une portée juridique aux règles de l'art (85).

Section 4. La formation continue du médecin

La médecine évolue rapidement; une thérapeutique valable aujourd'hui ne le sera peut-être plus demain. Le médecin a donc un devoir général de formation, d'information et même de perfectionnement (86): perpétuel étudiant, il devra se tenir au courant des progrès de la médecine – et plus particulièrement de ceux de sa spécialité – réalisés depuis l'obtention de son diplôme (87), du moins des inno-

(81) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 184-185; du même auteur, p. 181: «En matière professionnelle, se dégagent, peu à peu, des règles de vie qui s'imposent à tous les membres d'un même corps de métier et qu'en ce qui concerne plus spécialement les professions libérales l'on dénomme la déontologie.»

(82) THILO, pp. 15-16.

(83) LOEFFLER, pp. 62-63: Il est pratiquement impossible de définir le contenu de la faute professionnelle, donc les règles de l'art, surtout à cause de la complexité de ces règles, des conflits de doctrine entre médecins et de l'évolution perpétuelle et rapide de la science médicale: codifier les règles de l'art aboutirait à stopper l'évolution de la science.

THELIN, p. 56: «Nous ne pouvons évidemment reprendre ici toutes les indications et contre-indications de l'art médical ou de l'art dentaire, c'est l'affaire des traités spéciaux. Dans chaque cas, il faut tenir compte autant des particularités cliniques et individuelles du malade que des indications générales de la thérapeutique; c'est là une vérité première que tous nos maîtres nous ont enseignée.»

DIND, pp. 4, 8, 13: «Il est impossible de pouvoir définir et réglementer ce qui, en médecine, répond à un traitement normal.»

(84) Arrêt du TF du 10 juin 1892, cité par POMMEROL, p. 145.

(85) RO 30 II 308; RO 64 II 205.

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 111, qui cite un rapport présenté en 1829 à l'Académie de médecine: «Il est, dans la science de la médecine, comme dans les autres sciences, des règles fondamentales, des vérités unanimement reconnues et qui y règnent comme des axiomes. Aucun de ceux qui la professent ne saurait y faillir sans une de ces fautes lourdes qui sont aussi inexcusables que le dol.»

(86) Il ne s'agit pas d'une véritable obligation, au sens technique du terme, mais d'un devoir qui incombe au praticien s'il veut dégager sa responsabilité en cas de préjudice.

(87) RO 64 II 207 (traduit par THILO) = JdT 1938 I 572-573: «On est en droit d'exiger des connaissances techniques étendues de la part du médecin. Celui-ci ne peut notamment pas se disculper en faisant valoir que certaines vérités scientifiques n'étaient pas encore connues au temps de ses études et par conséquent pas encore enseignées. Son devoir est de compléter ses connaissances en se tenant au courant des progrès de la science médicale, autant que cela lui est possible, au moyen de revues techniques et des nouveaux ouvrages didactiques.»

Cf. auss, RO 66 II 36.

PHARAON, p. 137 DEBRAY, pp. 67-70; MALHERBE, p. 77; SAVATIER, Traité, p. 241; LOEFFLER, pp. 55-56; BAGLIN, pp. 20-21; KOHLHAAS, pp. 511 ss.

vations les plus importantes. Les connaissances de l'homme de l'art « nécessitent un renouvellement et un entraînement de tous les instants » (88).

L'information du praticien est assurée de diverses manières (89), notamment par:

1) La documentation fournie par les laboratoires pharmaceutiques et les maisons d'instruments ou d'appareils médicaux. L'objectivité de ces publications est relative vu leur fin publicitaire et l'absence de censure préalable en matière d'informations médicales. Le médecin devra donc contrôler leur valeur.
2) Les publications, les revues et les conseils des spécialistes.
3) Les congrès et les comptes-rendus de leurs travaux.
4) Les colloques, les séminaires, la formation continue.

Section 5. La responsabilité accrue du spécialiste

Le diplôme fédéral de médecine permet théoriquement au praticien d'entreprendre n'importe quel acte médical: toutes les disciplines – c'est peut-être regrettable – demeurent couvertes par ce titre (90). Les limites à l'action du médecin lui sont ainsi dictées essentiellement par sa propre conscience et par son bon sens (91). En cas d'ingérence d'un praticien dans une activité médicale pour laquelle il n'est pas spécialisé, il n'y a pas de sanction administrative, ni d'exercice illégal de la médecine. Toutefois, la jurisprudence et la doctrine ont souvent répété que l'homme de l'art ne devait pas outrepasser ses compétences ou ses capacités techniques (92): un défaut de qualification constitue certainement une faute professionnelle engageant la responsabilité civile du médecin, notamment lors du traitement de certaines maladies compliquées ou dans la pratique de certaines opérations délicates.

(88) THELIN, p. 36.

(89) DEBRAY, pp. 67-70; ROSENSTIEL, Resp. du médecin, FJS 846, p. 5.

Techniques d'informations et médecine, dans Bulletin des Médecins suisses, N° 39 du 27 septembre 1972, p. 1303; Informations sur le médicament, par C.V. PERRIER, dans Médecine et Hygiène, N° 1141 du 26 mars 1975, p. 453-454.

(90) THELIN, p. 25. Dans le même sens, pour la France, SAVATIER, Traité, pp. 222-223.

(91) THELIN, pp. 25 et 37.

(92) BOYER CHAMMARD, p. 162: « La faute de technique est rarement retenue et c'est probablement mieux ainsi si l'on veut éviter que les chirurgiens ne soient obsédés par la crainte d'une éventuelle responsabilité. Mais, en revanche, il peut légitimement être demandé aux chirurgiens – de même d'ailleurs qu'aux médecins – de ne pas entreprendre, à quelque stade qu'ils soient de leur carrière médicale, des opérations ou des traitements qui seraient au-dessus de leur capacité ou pour lesquels ils ne seraient pas normalement équipés. S'ils méconnaissaient cette règle générale de prudence, un accident, même rare ou peu probable, pourrait leur être reproché. »

RO 67 II 23 = JdT 1941 I 162: Le médecin doit savoir se tenir aux limites de ses aptitudes. Le praticien qui ne possède pas la formation et l'expérience voulues en matière de chirurgie ne doit pas pratiquer d'opération sans l'assistance d'un chirurgien.

RO 88 II 195 = rés. JdT 1963 I 187: Le fait de promettre une prestation qui dépasse ses forces et ses moyens constitue déjà une faute.

Voir aussi RO 53 II 303; THELIN, p. 28; PHARAON, p. 109; BRUNHES, pp. 76 et 93; SAVATIER, Traité, pp. 241-242; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 201; DIND, pp. 37-38; LOEFFLER, pp. 53-55.

Le spécialiste doit se conformer aux principes et à la technique de sa spécialité. La clientèle a le droit d'être plus exigeante; de même, le spécialiste peut et doit prendre davantage de risques; sa responsabilité est **accrue**, si on la compare à celle du généraliste (93). «Le titre de spécialiste FMH suppose de toute évidence un degré de culture scientifique plus élevé dans un cadre censément plus restreint que celui du médecin omnipraticien (94).»

SAVATIER (95) estime que lorsqu'un médecin non qualifié exerce son art dans une spécialité, en dehors du cas d'urgence, le tribunal présumera aisément en fait que les résultats erronés des examens ou des traitements sont précisément causés par son manque d'expérience particulière. Le praticien répondra alors envers le patient de la défectuosité de ces résultats; en empiétant sur une technique spéciale, à laquelle il n'était pas préparé, le médecin a manqué à l'obligation de prudence que lui imposait le contrat (96).

Section 6. La distinction entre la faute et l'accident thérapeutique (97).

A) La médecine est une science complexe, aléatoire et conjecturale et tout acte médical comporte un risque inhérent (98). Le médecin n'est pas infaillible; commettre une erreur excusable, ce n'est point commettre une faute professionnelle (99). D'ailleurs, la doctrine et la jurisprudence constantes rappellent que le praticien n'est pas réputé en faute du simple fait de son échec (100), vu qu'il ne prend pas l'engagement de guérir le patient, mais seulement de le soigner au mieux (101). Le Tribunal fédéral (102) a précisé qu'il fallait distinguer le simple

(93) THELIN, p. 122; KOENIG, pp. 53-54; BECKER, p. 481, note 70; RO 53 II 427; RO 64 II 206; RO 66 II 36.

Cass. civ., 7 mars 1966, 7, note 130: Cass. civ., 25 mars 1968, Bull. 1968, I, p. 86; ÇAKMUR, p. 71.

(94) THELIN, pp. 36-37. L'auteur souligne (p. 37) que: «Le spécialiste joue en somme en médecine le même rôle que ceux que l'on appelle les «techniciens» dans les affaires: on n'en attend pas nécessairement des miracles, mais un diagnostic ou un pronostic de la situation ainsi qu'un traitement dont les éléments d'incertitude soient réduits au minimum».

Cf. aussi PHARAON, p. 89.

(95) SAVATIER, Traité, p. 223.

(96) RO 53 II 298 = JdT 1928 I 591.

(97) Sur cette question, voir le remarquable ouvrage de Jean PENNEAU, «Faute et erreur en matière de responsabilité médicale», Librairie générale de Droit et de jurisprudence, Paris, 1973.

(98) THILO, pp. 16 et 30; PACHE, pp. 113-114; DESCHENAUX, Resp. du médecin, dans Bulletin des Médecins suisses, N° 26, du 28 juin 1972, p. 868; THELIN, p. 119; DE VILLE DE GOYET, p. 39; BOYER CHAMMARD , pp. 16, 148, 155-157; PHARAON, pp. 23-25; FROGE, p. 41; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 211-220; DEBRAY, p. 204; BRUNHES, p. 82; SAVATIER, Traité, p. 301.

Aix, 14 février 1950, D. 1950.322.

Voir supra, chap. III, sect. 4, litt. C, b (notes 74-81).

(99) THILO, p. 5; BOYER CHAMMARD, p. 82; LOMBARD, pp. 15-16.

(100) SAVATIER, Traité, ep. 296.

ÇAKMUR, p. 29: Un malade bien soigné peut mourir; un patient mal soigné peut guérir.

(101) GAUTSCHI, pp. 80, 183, 376, 649; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 166; du même auteur, Resp. du médecin, p. 132; MALHERBE, p. 78; ÇAKMUR, pp. 33-34.

(102) JdT 1940 I 209.

accident opératoire excusable de la faute consistant dans le manque de précautions suffisantes.

Quand y aura-t-il faute (défaillance fautive) et quand y aura-t-il accident (cas fortuit)? En droit suisse, le cas fortuit est un événement dû au hasard, sans relation de causalité avec une faute de l'auteur apparent du dommage. La faute est donc l'inverse du cas fortuit: autrement dit, le cas fortuit commence là où cesse la faute (103).

Il est évidemment impossible de tracer une ligne de démarcation absolue entre ces deux ordres de situation, car le dommage peut dépendre d'une série de facteurs de nature très différente et qui devraient tous faire l'objet d'un examen critique objectif (104). On dira cependant qu'il y a accident quand:

1) le dommage est dû à une cause étrangère ou est indépendant des qualités et du comportement du médecin (105);
2) le dommage n'était pas évitable par des techniques mieux appropriées (106);
3) l'indication était valable: l'intervention présentait un risque inhérent acceptable vu les circonstances (107);
4) le praticien a fait tout son possible pour éviter le dommage (108);
5) le malade est victime de maladie ou d'une anomalie personnelle plus que de l'acte médical (109).

(103) Cf. Ch.-A. JUNOD, Force majeure et cas fortuit dans le système suisse de la responsabilité civile, dans Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, Genève 1956, qui relève en outre que le cas fortuit n'est rien d'autre en droit suisse qu'un mode particulier de l'absence de faute.

DE VILLE DE GOYET, p. 32; ENGEL, p. 320.

(104) THELIN, p. 58, souligne qu'«entre la faute et l'accident, on peut faire un diagnostic per exclusionem, sans cependant pouvoir en extraire des critères aprioristiques s'appliquant à chaque cas».

Prof. JUILLARD, La responsabilité civile des médecins, Rapport présenté à la Société suisse de chirurgie, Schw. med. Wschr., 1933, p. 9 (cité par THELIN, p. 23).

GAUTSCHI, p. 378.

(105) THELIN, p. 58; DE VILLE DE GOYET, p. 39; PACHE, p. 29.

BOYER CHAMMARD, p. 83: La faute ne sera pas retenue chaque fois que la mauvaise exécution provient d'une cause étrangère qui ne peut être imputée au débiteur.

ENGEL, p. 319: le cas fortuit se manifeste lorsque le dommage provient en réalité non pas de l'auteur apparent, mais d'une cause étrangère.

RO 57 II 202 = JdT 1932 I 78: L'erreur est admissible en médecine si le praticien s'est montré consciencieux et diligent.

(106) THELIN, p. 58.

PHARAON, p. 66: Le médecin répond seulement des conséquences de sa faute et non pas de celles de sa médication.

(107) THELIN, p. 58.

(108) THELIN, p. 59.

KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 166: En n'apportant pas toute la diligence au malade, le praticien viole l'engagement souscrit, car il doit faire tout ce qui dépend de lui pour que soit obtenue la guérison.

DESCHENAUX, op. cit., p. 868: L'insuccès n'engage pas la responsabilité du médecin lorsqu'il a procédé aux actes médicaux avec tout le soin commandé par les circonstances.

Lorsque la nature se montre plus forte que le médecin ou le chirurgien, sa responsabilité ne peut être retenue (Cass. civ., 29 mai 1951; Cour d'Appel de Pau, 12 mars 1952; Cour d'Appel de Paris, 8 décembre 1953).

(109) BRUNHES, pp. 182, 197, 198.

B) Considérations sur le risque inhérent

Afin de mieux illustrer la distinction très importante (qu'on a parfois tendance à négliger) entre la faute qui engage la responsabilité du médecin et l'accident ou l'erreur excusable, nous pensons utile de citer ici d'importants passages d'un article de Jean PENNEAU (110):

> «L'activité médicale, en même temps que raisonnablement active, est devenue extrêmement complexe. Le médecin ne se contente plus d'observer les symptômes, il agit sur le cours des maladies; mais au prix d'un risque lié tant aux techniques d'exploration qu'aux modalités de traitement — sans parler de celui inhérent au terrain du patient (...)
> Dans le contexte de risques où agit le médecin, il est nécessaire de reconsidérer la qualification de l'acte dommageable: la distinction de la faute et de l'erreur s'impose (...)
> La faute est couramment définie, en droit, comme l'erreur de conduite que n'aurait pas commise un individu placé dans la même situation objective que l'agent du dommage (...)
> Cette définition a le mérite de fournir clairement les données exactes du problème: la faute est l'espèce dont l'erreur est le genre. Dans cette perspective, si le modèle de référence, lui-même, ne commet, par définition, jamais de faute, il commet constamment des erreurs (...) Le médecin n'échappe pas à cette règle générale; l'erreur le guette à chaque instant de sa vie professionnelle. Il n'est besoin, pour s'en convaincre, que d'observer la complexité du contexte de risques où il agit. Il devient alors indispensable pour progresser de rechercher à quelles conditions objectives l'espèce — la faute — s'individualise à l'intérieur du genre — l'erreur.
>
> a) Le risque est inhérent à la complexité des moyens d'action actuellement en œuvre; ceci dans tous les domaines techniques, et même dans le cadre de la vie courante, dans la mesure où cette technique a été introduite. Le danger, le plus souvent, est lié à l'emploi de machines. Il est plus généralement inhérent à la mise en œuvre de moyens physiques délicats à diriger et à contrôler. Le médecin, pour sa part, n'utilise pas, ou peu, de machines: il arrive cependant que des appareils d'anesthésie explosent, et l'emploi des appareils de radiothérapie n'est pas exempt de dangers.
> Cependant, en médecine, les instruments sont généralement anodins, à condition d'être judicieusement employés. Le danger est ailleurs: il est dans les méthodes — diagnostiques ou thérapeutiques — mises en œuvre, et les médicaments employés; il est aussi dans la susceptibilité du patient à ces méthodes et à ces médicaments.
> La pratique médicale a été bouleversée au cours des vingt ou trente dernières années. De nombreuses maladies, autrefois mortelles, peuvent être stabilisées, ou évoluent vers la guérison; des interventions chirurgicales qu'on n'osait même pas imaginer sont couramment pratiquées. Certes, mais au prix de tels dangers, inhérents à la technique, qu'on ne peut les en séparer statistiquement. Ces dangers — que le profane ignore volontiers — le médecin ne les connaît que trop pour ne pas les ressentir comme limite et rançon des progrès de son art: ils sont inexorablement liés, à notre stade de connaissance, à toute thérapeutique véritablement active, ou à la plupart des explorations instrumentales utiles.

(110) Jean PENNEAU, Faute, erreur et responsabilité médicale, dans Instantanés médicaux, N° 1, janvier 1973, pp. 20-23.

Les réactions individuelles, même, du patient, ne sont pas négligeables dans l'appréciation du risque; elles y représentent un élément incompressible. Dans l'état actuel de la science médicale, on ne peut — malgré la plus stricte diligence — connaître que très grossièrement la susceptibilité individuelle du patient; ainsi certains médicaments ou investigations les plus anodins susciteront parfois des accidents — parfois gravissimes — contre toute attente normale et raisonnable.

Le fait est donc patent: aujourd'hui le médecin agit, mais souvent au prix d'un risque qui peut toujours se réaliser inopinément. Le hasard est en ce domaine — comme en tout autre domaine technique — un redoutable adversaire qui peut, à tout instant, déjouer les probabilités les mieux établies.

Le risque inhérent à l'acte médical, s'il est évaluable statistiquement, est imprévisible dans sa réalisation individuelle. Sous cet aspect, pour prévisible qu'il soit en fonction des données statistiques, et pour réductible qu'il soit, dans une certaine mesure, en fonction des précautions que ces études statistiques imposent, il laisse subsister une frange d'incertitude que la diligence professionnelle — qui n'est qu'une diligence humaine — ne réduira jamais à zéro.

Ce risque est, en outre, en médecine, légitimement prévu et accepté (ce qui doit s'entendre également de l'acceptation du malade) parce que c'est le seul moyen d'améliorer l'état du malade ou de le guérir; si l'un des risques se réalise, il faut se garder d'affirmer hâtivement que la décision a été mal prise et qu'une faute a été commise.

Puisque, dans ces situations, l'homme avisé, le bon professionnel compétent se trompe, la faute ne devrait être affirmée que là où ce modèle ne se serait pas trompé. Cette démarche est indispensable pour que l'affirmation de la faute et les conséquences juridiques qui lui sont attachées, conservent leur importance sociale, et n'apparaissent pas comme l'effet de la malchance ou même de l'incompréhension des magistrats. Mais que l'on s'interroge sur la difficulté que rencontrera le juriste — et souvent avant lui, et sur sa demande, dans le cadre de l'expertise, le technicien lui-même — pour discerner, précisément, la faute dans cette complexité technique où se déroule, le plus souvent, l'acte médical contemporain.

Il faut cependant éviter soigneusement de quitter le terrain technique ou juridique pour tomber dans des controverses passionnelles sans références logiques valables. Car, à l'humanisme qui préside à la prestation, par le médecin, de l'acte médical, on opposera toujours celui tiré de la dignité irréductible de la personne humaine, et des valeurs intangibles qu'elle représente, sans pouvoir jamais décider pour l'un ou pour l'autre, chacun se rejoignant en l'autre en y puisant, au même principe, ses propres arguments. S'il est indispensable de distinguer la faute et l'erreur, il faut le faire de la manière la plus concrète et la plus objective possible.

b) Certes, en médecine, la notion d'erreur est utilisée par le juriste: l'erreur de diagnostic n'est assimilée à la faute que dans certaines circonstances précises; on admet — aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence — qu'elle ne constitue pas, ipso facto, une faute.

Or, dans tous les cas, pour déclarer qu'une erreur de diagnostic n'est pas fautive, le juriste scrute essentiellement le comportement du médecin pendant l'élaboration du diagnostic erroné.

Ce point est essentiel, car il permet de montrer le critère objectif général de distinction entre la faute et l'erreur.

Un diagnostic n'est pas un résultat intangible, établi en un trait de temps, à l'issue des démarches préalables. Un diagnostic — les cas faciles mis à part —

s'établit progressivement par touches et corrections successives. Ainsi, le diagnostic d'un moment, qui a pu être erroné et faire prescrire un traitement dommageable, jalonnait peut-être, seulement, la voie sur laquelle progresse habituellement le médecin.

Ceci est essentiel. Le diagnostic, en effet, est le résultat d'un jugement. Comme tel, il peut être erroné, si le jugement est faux. A ce stade, les plus savants se trompent journellement. Ce n'est donc pas au plan du jugement, ni du résultat qui le concrétise, qu'il faut comparer la conduite de l'auteur de l'erreur de diagnostic à celle du modèle établi ; c'est pendant l'élaboration du diagnostic que la comparaison doit se faire. Ce n'est pas le résultat qu'il faut comparer, ce sont les moyens employés pour y parvenir. Car seuls les moyens se réfèrent à la règle ; et seule la transgression de la règle peut constituer une faute.

C'est ce que fait intuitivement la jurisprudence pour décider que toute erreur de diagnostic n'est pas irrémédiablement une faute.

Pourquoi, alors, ne pas généraliser la démarche ? C'est en effet d'une manière générale qu'il faut s'attacher, non au fait lui-même constitutif de l'erreur, non à l'omission, à la prescription erronée, à la maladresse, mais à la diligence qui a constitué le contexte où ils se sont produits.

Dans l'absolu, l'anomalie abstraite de jugement ou de comportement — dans la mesure où il procède du jugement — est patente : il y a erreur. Pour dire s'il y a faute, il faut apprécier le devoir et la manière dont il a été accompli. Il faut s'attacher à l'étude de l'élément objectif, de la règle posée — telle qu'elle est réellement et raisonnablement posée — et à sa comparaison avec la conduite suivie par l'agent.

Pour établir, à propos d'une conduite donnée, qui a commis une erreur simple et qui a commis une faute, il faut se référer au précepte, à la règle. Il faut vérifier que cette dernière existe, et établir son contenu exact. En son absence, ou si elle a été suivie, le jugement est libre et son anomalie — ou celle du comportement qui en découle — ne relève que de l'erreur simple. En revanche, si la règle existe, le plus minime écart de la conduite suivie constitue une faute.

Il faut alors observer que, dans la vie courante, ce qui est erreur aurait pu être évité, le plus souvent par une autre conduite — qui n'aurait pas transgressé la règle — et constitue une faute. Mais dans le domaine des activités complexes — dont la médecine est un exemple privilégié — et en présence des risques qui leur sont inhérents, l'homme se trouve souvent aux limites de ses possibilités. Il ne s'agit plus, en ce domaine, des limites d'un homme, mais des limites de l'homme, propres à la faillibilité humaine.

Ainsi, dans les domaines complexes où l'homme normal ne peut éviter d'échapper à certaines erreurs, il y a seulement erreur de la part de l'agent lorsque tout autre homme normal eût été exposé à la méprise et y serait tombé, sauf facteur exceptionnel de chance ou de science, en agissant dans le contexte d'une prestation d'ensemble normalement diligente.

Le raisonnement — conduit à partir de la réalité concrète — impose ainsi de prendre en considération l'erreur simple, à côté de la faute, dans le contexte de risques où se déroule l'activité médicale. Et dans un système juridique où la responsabilité du fait personnel est expressément fondée sur la faute, l'erreur doit avoir pour effet d'exclure la responsabilité du médecin (111).

(111) Cette affirmation de PENNEAU (cf. op. cit., p. 23) est en contradiction avec l'opinion de cet auteur qui fait de la faute un cas particulier de l'erreur (cf. op.cit., p. 21).

Section 7. Les stades de l'activité médicale

La responsabilité médicale concerne l'activité du médecin dans son ensemble: le diagnostic, le pronostic, la thérapeutique et la surveillance du traitement.

A) **Le diagnostic** (112)

Dans l'établissement du diagnostic, le médecin a trois obligations essentielles:

1) **Il doit d'abord faire soigneusement toutes ses observations personnelles et directes sur le patient.**

Le praticien doit procéder à un interrogatoire (anamnèse) aussi complet que possible du patient. Il doit en outre examiner attentivement et consciencieusement son malade, en observant les règles de l'art, en se conformant à l'état actuel de la science médicale et en y mettant tout le temps et toute l'attention qu'exige cet examen (113).

2) **Il doit ensuite, le cas échéant, recourir aux méthodes scientifiques les plus éprouvées et les plus appropriées pour établir son diagnostic.**

Les symptômes constatés par l'observation personnelle du médecin ne suffisent souvent plus, au stade actuel de la médecine, à la recherche consciencieuse du diagnostic. Pour s'éclairer, le médecin doit, selon les cas, recourir à toutes les méthodes d'investigations, d'analyses et de contrôle mises à sa disposition par la science et indiquées par les circonstances: examens chimiques, bactériologiques, sérologiques, histologiques, radiologiques, etc. (114).

3) **Il est tenu de se faire aider des conseils les plus éclairés en recourant à l'avis d'un spécialiste dans la mesure où cela est à la fois possible et nécessaire.**

(112) Sur le diagnostic en général, cf. LOMBARD, p. 37; BOYER CHAMMARD, pp. 119-120; LOEFFLER, pp. 69-77.

(113) RO 57 II 205; RO 61 II 113.

Voir aussi THILO, pp. 15-16; THELIN, p. 56; BRUNHES, pp. 71-74; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 214; du même auteur, Le contrat de soins, N° 197.

DESCHENAUX, Resp. du médecin, p. 867: Le médecin doit rechercher la cause des symptômes de la maladie par des observations directes et personnelles; il doit écouter le malade, ses explications et ses plaintes.

SAVATIER, Traité, p. 242: « Le médecin doit d'abord faire soigneusement toutes les observations directes, soit visuelles, auditives, olfactives, tactiles, qui pourront éclairer son diagnostic. Il est tenu d'écouter le malade, ses explications, ses plaintes, sauf à les interpréter médicalement.
Il doit user, pour les observations dont il est tenu, du matériel normal, soit d'un cabinet médical s'il reçoit le malade chez lui, soit d'une trousse médicale s'il va le visiter (stéthoscope, appareil mesurant la tension, etc.). Il serait en faute d'avoir trop facilement accepté, sans vérification personnelle, les récits et les indications, peut-être intéressées, de membres de la famille ou de tiers. »

(114) SAVATIER, Traité, p. 292; THELIN, p. 56; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 214; du même auteur, Le contrat de soins, N° 197; BRUNHES, pp. 74-77; LOEFFLER, p. 71.

RO 57 II 205 = JdT 1932 I 78; RO 61 II 113: = JdT 1935 I 432: Dans l'incertitude, il lui (au médecin) incombe d'épuiser toutes les méthodes dont il dispose en vue de pouvoir déceler la cause de la maladie. Il doit se servir des moyens techniques. Le médecin est tenu de recourir aux radiographies et aux examens bactériologiques qui, selon les données de la science et de l'expérience générale, sont nécessaires pour poser un diagnostic sûr. En négligeant de prendre ces mesures, alors qu'il en avait la possibilité, le praticien commet une négligence si le diagnostic est erroné.

En outre, le médecin devra accepter la consultation d'un confrère sollicitée par le patient ou par ses proches. En cas de désaccord entre un spécialiste appelé en consultation et le médecin traitant, ce dernier peut décliner sa responsabilité et refuser d'appliquer le traitement préconisé par le consultant, ce qui l'amènera à cesser ses soins, temporairement ou définitivement, si le malade préfère suivre l'avis du spécialiste. Les tribunaux se montrent généralement sévères envers le médecin qui fait fi de l'avis d'un consultant spécialiste (115).

La science médicale n'est pas infaillible; l'erreur de diagnostic ne suffit donc pas à elle seule pour engager la responsabilité du médecin (116). Le méde-

Voir aussi RO 34 II 40 = JdT 1908 I 357; RO 53 II 300; JdT 1935 I 553; RO 64 II 205 = JdT 1938 I 567; SJ 1936, p. 97 (Le médecin peut appliquer les méthodes d'investigation indiquées par les circonstances et par l'état actuel de la science).

Rouen, 21 avril 1923, S. 1924.2.7., note E. H. PERREAU; Seine, 4 janvier 1938, D.H. 1938, Somm. 11; Toulouse, 25 mai 1938, Gaz. Pal. 1938.II.363; Aix, 20 juillet 1948, JCP 1948.IV.1967 (Le médecin doit recourir aux procédés de contrôle et d'investigation qui se vulgarisent de plus en plus).

(115) THILO, p. 33: On ne peut poser en principe que le médecin consulté doit renvoyer à un confrère les malades atteints d'une affection pour laquelle il y a des spécialistes. Ce devoir n'existe que dans des cas exceptionnels, lorsqu'il est dicté par la nature ou la gravité de la maladie ou encore l'inexpérience ou l'inhabileté du médecin traitant. C'est d'ailleurs en première ligne au patient qu'il appartient de choisir son médecin.

THELIN, p. 56: «Il faut y (à la consultation) avoir large recours, car la médecine étant une science conjecturale (on l'a assez répété) il est bon, en cas d'incertitude de la part du médecin ou de réticence de la part du malade, de corroborer le diagnostic et les projets thérapeutiques par l'expérience d'un confrère, de préférence spécialiste.»

GAUTSCHI, p. 381: «Die Sorgfalt fordert von einem wissenschaftlich ausgebildeten Arzt oder Anwalt, dass er erkenne, wo Spezialkenntnisse erforderlich sind und entweder den Auftraggeber an einen Spezialisten verweist, einen Spezialisten beizieht oder, wo es sich nicht um Notfälle handelt, einen Auftrag ablehnt, dem er sich nicht gewachsen fühlt. Im Jahre 1927 war noch angenommen worden, es sei Sache des Patienten, selbst die Arztwahl «judicieusement» zu treffen, ein allgemeiner Arzt durfte auch eine syphilitische Augenkrankheit behandeln, ohne den Spezialisten beizuziehen.»

BRUNHES, pp. 77-78: L'art. 64 du Code de Déontologie prévoit que le médecin traitant doit proposer une consultation dès que les circonstances l'exigent et doit également accepter une consultation demandée par le malade ou ses proches. Mais quand le recours à une consultation de spécialiste est décidé, des problèmes délicats peuvent naître du désaccord portant soit sur le choix du consultant entre médecin traitant et malade, soit, après consultation, sur la nature et les modalités du traitement entre consultant et médecin traitant.

RO 53 II 303: En principe, le médecin n'est pas tenu de renvoyer à un spécialiste des malades atteints d'une affection pour laquelle il y a des spécialistes. Comme le dit le TF, c'est au patient qu'il appartient en premier lieu de consulter le médecin à qui il accorde sa confiance... Toutefois, le praticien aggrave sa faute si des complications graves et très peu fréquentes s'étant produites à la suite de son intervention, il ne fait pas immédiatement appel à un spécialiste.

RO 67 II 23: Mais le médecin doit savoir se tenir aux limites de ses aptitudes. Lorsqu'il n'est pas à même de déceler la cause d'une maladie ou que ses soins demeurent vains, il est tenu, si le mal menace d'évoluer dangereusement, de recommander l'appel à un spécialiste ou l'envoi du malade à l'hôpital, dans le cas où il n'est pas certain d'avoir épuisé toutes les possibilités du diagnostic et de la thérapeutique. Le médecin qui ne possède pas la formation et l'expérience voulues en matière de chirurgie ne doit pas pratiquer d'opération sans l'assistance d'un chirurgien.

Voir également DEBRAY, pp. 35 et 130; SAVATIER, Traité, pp. 38-40, 243-244, 261, 350-352; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 202 et 399-400; BOYER CHAMMARD, p. 166; POMMEROL, p. 31; DE VILLE DE GOYET, pp. 19 et 21.

(116) RO 34 II 32 = JdT 1908 I 354; RO 533 II 300; RO 57 II 202 = JdT 1932 I 72; SJ 1936, p. 97; RO 64 II 200 = JdT 1938 I 567; RO 70 II 207 = SJ 1945, p. 197.

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 211 ainsi que l'abondante bibliographie et la jurisprudence citées par l'auteur sous note 2; DE VILLE DE GOYET, p. 7, ainsi que la jurisprudence belge citée par l'auteur; SAVATIER, Traité, p. 296.

cin le plus compétent, le plus expérimenté et le plus consciencieux est exposé à se tromper; le diagnostic n'est qu'une hypothèse que le praticien doit s'efforcer de choisir parmi les meilleures (117). Ainsi l'erreur de diagnostic ne sera fautive que si elle résulte de la méconnaissance de données médicales certaines et si le médecin n'a pas examiné consciencieusement son patient (118).

B) Le pronostic

Juridiquement, rien n'oblige le praticien à formuler un pronostic, car trop d'éléments sont impondérables; le médecin est seul juge de son opportunité; « une erreur, le cas échéant, ne pourrait être qualifiée de fautive que si elle procé-

(117) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 196.

PHARAON, pp. 84-85: L'erreur de diagnostic peut résulter de l'incertitude et de l'insaisissabilité de certains faits médicaux et non de la mauvaise conduite de certains médecins peu scrupuleux... Les erreurs excusables résultent plutôt de l'imperfection de la science médicale et du manque de moyens d'investigation efficaces.

BRUNHES, p. 75: Les tribunaux refusent de sanctionner les erreurs de diagnostic quand elles sont dues aux incertitudes de la science médicale.

RO 34 II 32 = JdT 1908 I 354: Le patient doit s'attendre à courir le risque d'un diagnostic inexact, résultant de l'imperfection de la science humaine et de l'expérience humaine en général et de l'art médical en particulier.

RO 57 II 202 = JdT 1932 I 78: A l'instar des jurisprudences allemande et française, la jurisprudence suisse reconnaît le caractère spécifiquement conjectural de l'art médical: « In der Unrichtigkeit der Diagnose liegt nach der ständigen Rechtssprechung des Bundesgerichtes für sich allein kein Verschulden. Die medizinische wie die menschliche Wissenschaft überhaupt ist nicht so vollkommen, dass bei gewissenhafter Untersuchung durch den Fachmann ein Irrtum, das heisst hier eine Fehldiagnose, schlechthin ausgeschlossen wäre. »

RO 64 II 205 = JdT 1938 I 567: Le médecin ne devra pas s'en tenir au diagnostic établi si le cours de la maladie suscite des doutes sur son exactitude. La jurisprudence tenant compte de l'imperfection de la science médicale et des limites de la perspicacité humaine admet que le praticien puisse se tromper même si l'examen a été très consciencieux et si le médecin s'est servi des moyens qui s'imposaient.

(118) Le médecin ne répond pas d'un diagnostic erroné s'il l'a établi soigneusement, selon les règles de l'art; il en va de même pour le traitement inadéquat. RO 64 II 200 = JdT 138 I 567; JdT 1940 I 298; JdT 1944 I 199; RO 93 II 19 = JdT 1967 I 153. Cf. aussi, supra, p. 133 in alto.

Il est de jurisprudence constante que le praticien n'engage pas sa responsabilité par le seul fait que, dans le diagnostic, dans le traitement ou l'opération, il commet une erreur. Il n'est en faute que si sa méprise provient d'un acte de légèreté ou de l'ignorance des choses qu'il aurait dû savoir.

(RO 70 II 207 = SJ 1945, p. 197; voir aussi RO 34 II 32 = JdT 1908 I 354; SJ 1936, p. 97).

« Was man hingegen vom Arzt verlangen kann und muss, ist eben diese gewissenhafte aufmerksame Untersuchung, unter Anwendung aller Regeln der Kunst und des gegenwärtigen Standes der Wissenschaft, und die Anordnung einer Behandlung, welche der so gefundenen Diagnose entspricht. » (RO 57 II 202 = JdT 1932 I 78).

THILO, pp. 15-16: En revanche, le médecin est en faute s'il se montre négligent ou ignore les choses qu'il devrait nécessairement savoir. Tel est notamment le cas lorsque le médecin n'a pas posé ni même envisagé le diagnostic d'une maladie malgré l'existence des symptômes caractéristiques de cette affection et n'a pas appliqué les méthodes d'investigation ni pris les mesures prophylactiques indiquées par les circonstances et l'état actuel de la science. (RO 53 II 300; RO 61 II 106 = JdT 1935 I 432; JdT 1935 I 553).

LOEFFLER, p. 69; PHARAON, pp. 84, 86 et 87; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 213 ainsi que la jurisprudence citée par l'auteur sous note 7 (Une erreur de diagnostic ne doit être retenue que si elle est contraire à des données médicales certaines).

DE VILLE DE GOYET, p. 7 (jurisprudence belge): « Les erreurs que le médecin peut commettre dans son diagnostic ou même dans le choix du traitement ne constituent des fautes que si ces

dait, comme le diagnostic lui-même, d'ignorance, d'insuffisance ou de légèreté et si elle avait incité le malade à l'imprudence ou l'avait exposé aux conséquences fâcheuses de négligence qu'il n'aurait point commises sans cela : par exemple, en reprenant prématurément son travail (119)».

C) **Le traitement**(120)

Le praticien doit prescrire le traitement commandé par le diagnostic et l'appliquer conformément aux règles de l'art (121). La thérapeutique, comme le diagnostic, est une question purement médicale et l'erreur ne doit être considérée comme fautive que lorsque le médecin a agi avec imprudence ou ignorance des données de la science médicale (122).

Le médecin doit avoir une connaissance aussi complète que possible de son malade en vue d'adapter le traitement à son idiosyncrasie. Il doit en outre avoir des informations précises sur le médicament et sur ses effets secondaires (123). Il doit enfin appliquer le principe de la proportionnalité, c'est-à-dire comparer le risque inhérent au traitement avec son efficacité (124).

Le praticien doit enfin informer le patient sur la posologie, la durée du traitement, les contre-indications possibles et sur les précautions à prendre en cas de complications (125).

erreurs sont le résultat d'une négligence ou d'une ignorance caractérisée ou impliquent la méconnaissance de données médicales certaines.»

Rouen, 21 avril 1923, S. 1924.2.7, note E.H. PERREAU: «Mais attendu que, si elle (la médecine) n'impose pas au médecin l'infaillibilité, d'accord en cela avec l'intérêt public, elle ne va pas juqu'à lui permettre un diagnostic à la légère, en négligeant de s'entourer de tous les renseignements nécessaires ou simplement utiles pour éclairer sa religion et sans avoir recours aux procédés de contrôle et d'investigation recommandés par la science, que ce sont là des règles de bon sens et d'élémentaire prudence qui échappent à toute discussion d'ordre théorique ou technique et dont la méconnaissance constitue une faute que le médecin ne doit pas commettre.»

Toulouse, 25 mai 1938, Gaz. Pal. 1938 II 363: «Attendu que, si un diagnostic peut présenter parfois des difficultés insurmontables et si un malade ne peut exiger du plus savant praticien l'infaillibilité, le fait cependant pour ce dernier de ne pas recourir aux procédés de contrôle et d'investigation qui se vulgarisent de plus en plus constitue une faute, alors surtout que ces procédés se seraient révélés d'une incontestable utilité...» (cf. aussi Aix, 20 juillet 1948, J.C.P. 1948 IV 167).

(119) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 227-231.

(120) Sur le traitement en général, voir notamment KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 240-246; BOYER CHAMMARD, pp. 121-130; LOEFFLER, pp. 77-90.

(121) THELIN, p. 56; CUENDET, p. 127.

Voir également THILO, p. 29: «Le médecin a le devoir de prescrire et de faire suivre le traitement commandé par le diagnostic établi selon les règles de l'art (RO 34 II 36 = JdT 1908 I 357). Il doit observer les principes généralement admis et communément suivis de la science médicale; s'agissant d'un spécialiste, il doit se conformer aux principes et à la technique de sa spécialité.» (RO 53 II 424 = JdT 1928 I 589).

(122) PHARAON, p. 90; BOYER CHAMMARD, pp. 150-151.

Cf. aussi supra, note 118.

(123) BRUNHES, pp. 5, 14, 40, 222, 227, 228 (Thalidomide), 234; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 294-296.

(124) BRUNHES, pp. 81-83.

(125) BOYER CHAMMARD, pp. 151-152; PHARAON, p. 102; LOMBARD, p. 38.

KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 288: «La pathologie réactionnelle» (hypersensibilité de certains malades à un produit déterminé) n'est pas totalement imprévisible et le médecin doit aussi formuler en même temps que l'ordonnance toutes recommandations ou explications propres à attirer l'attention du malade et de ses proches, et à les mettre en garde contre les phénomènes prévisibles.

D) La surveillance du traitement

La surveillance du traitement est un devoir important: le médecin ne doit pas abandonner son malade. La jurisprudence la plus abondante concerne la chirurgie. Après l'opération, le chirurgien est tenu de prescrire personnellement les soins particuliers qu'impose l'état spécifique de chaque malade et de veiller à leur exécution. Cette obligation est appréciée, à juste titre, de façon particulièrement stricte par les tribunaux quand survient une complication (126).

Section 8. La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat (127)

La distinction des obligations de moyens et de résultat fut introduite en France, en 1925, par DEMOGUE (128); puis cette théorie fut développée en un véritable système par H. et L. MAZEAUD (129). De nos jours, elle est soutenue par la majorité de la doctrine française (130). Cette classification des obligations existe également en droit italien (131).

A) L'obligation de résultat

L'obligation de résultat est une obligation *déterminée,* son contenu est étroitement défini par la loi ou par le contrat (132). Le débiteur promet que le but recherché par le contrat sera atteint (133); on attend de lui un résultat donné,

(126) RO 18, p. 342 = JdT 1892, p. 465; BRUNHES, pp. 89-98; THELIN, p. 113; LOMBARD, p. 41; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 660-666; BOYER CHAMMARD, pp. 151-152.

(127) Sur la notion d'obligations de moyens et de résultat, voir entre autres: H. MAZEAUD, Essai de classification des obligations, dans Rev. trim. de droit civil, 1936, pp. 1 ss.; A. TUNC, La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, dans Sem. Jurid., 1945 I 449; S. GOLDSCHMIDT, L'obligation de sécurité. Etude jurisprudentielle, Thèse Lyon 1947, pp. 145 ss.; J. LARGUIER, La preuve d'un fait négatif, dans Rev. trim. de droit civil, 1953, pp. 14 ss.; R. SAVATIER, Traité Resp. civ., T. I-II, 2e édit., Paris, 1951 (particulièrement T.I, pp. 143 ss.); L. JOSSERAND, Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats, dans Rev. trim. de droit civil, 1937, pp. 1 ss. (spécialement N° 10 à 13); H. LALOU, Traité pratique de la responsabilité civile, 5e édit., Paris, 1955, pp. 306 ss.; Abdol-Madjid Amiri Ghaem MAGHAMI, Faute, risque et lien de causalité dans la responsabilité civile, Thèse Genève 1953, pp. 42 ss.; J. MARTON, Obligations de résultat et obligations de moyens, dans Rev. trim. de droit civil, 1935, pp. 499 ss.; Claude THOMAS, La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, dans Rev. critique de législation et de jurisprudence, 1938, p. 636; ESMEIN, Le fondement de la responsabilité contractuelle, dans Rev. trim. de droit civil, 1933, p. 627; note MOREL sous Cass.civ., 27 juin 1939, S. 1940 I 73; note TUNC sous Cass. civ., 8 avril 1941, D. 1945.13.

(128) R. DEMOGUE, Traité des obligations en général, T. I à VII, et plus spécialement T. V (1925), N° 1237, et T. VI (1931), N° 599, Paris, Rousseau, 1923 à 1933.

(129) H. et L. MAZEAUD, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 4e édit., Paris, Sirey, 1948-1950, T. I à III et plus spécialement T. I, p. 108.

(130) Cf., supra, note 127.

(131) BONVICINI, pp. 288, 732, 766, 780.

(132) PACHE, pp. 9 et 21.

(133) PACHE, pp. 21 à 23; CUENDET, p. 16; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 132-134; du même auteur, Le contrat de soins, N° 11: «L'emprunteur qui s'oblige à rembourser la somme prêtée tel jour au prêteur, le transporteur qui promet que la marchandise parviendra en tel lieu

indépendamment des efforts qu'il doit faire pour l'obtenir (134). Si le résultat n'est pas atteint, le débiteur doit réparer le dommage qui en découle, à moins qu'il puisse rapporter la preuve de la force majeure ou de la faute concomitante du lésé (135). L'appréciation de la conduite du débiteur n'est pas nécessaire, sa faute étant présumée du moment que le résultat n'a pas été atteint (136).

B) **L'obligation de moyens** (137)

Le contenu de l'obligation de moyens est moins précis que celui de l'obligation de résultat. Le débiteur s'engage seulement à faire son possible — tout ce qui dépend de lui — pour essayer d'atteindre le résultat recherché. La loi ou le contrat impose dans ce cas une obligation générale de prudence et de diligence (138), c'est-à-dire un comportement tendant vers un but (139): le débiteur doit apporter à l'exécution de son obligation tous les soins d'un bon père de famille (140). Pour savoir s'il y a eu inexécution fautive, un examen de la conduite du débiteur devient inéluctable (141).

dans l'état où elle lui a été confiée, répondent d'une obligation de résultat en droit français. L'éditeur, le dépositaire, l'entrepreneur, le déménageur, notamment, assument également une obligation de résultat.»

(134) CUENDET, p. 16; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 11.

(135) MM. MAZEAUD, Tr. théorique et pratique, T.I, pp. 618 ss.; CUENDET, p. 16.

(136) MM. MAZEAUD, loc. cit.

PACHE, p. 26: Lorsqu'une obligation déterminée pesait sur le défendeur, la transgression de cette obligation légale constitue par elle-même une faute. Il suffit de constater cette violation, sans pousser plus loin l'analyse. En effet, quand la loi ordonne ou au contraire prohibe tel acte précis, c'est commettre nécessairement une faute que de ne pas s'y conformer. Ainsi celui qui ne verse pas la pension alimentaire dont il est légalement débiteur, de même que l'automobiliste, qui, contrairement aux dispositions du Code de la route, circule sur le côté gauche de la voie publique, est l'auteur d'une erreur de conduite certaine. C'est pourquoi nous pouvons dire que, dans ce cas, la responsabilité est engagée en quelque sorte automatiquement: pour établir l'existence de la faute, il suffit de constater la transgression de l'obligation (pension alimentaire non versée, conducteur tenant sa gauche), sans qu'il soit nécessaire d'examiner la manière même dont s'est comporté le défendeur.

Le droit part de l'idée que, dans ce cas, le résultat peut être atteint presque sûrement si on recourt à une technique appropriée.

(137) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 12, signale que les obligations de moyens sont les plus nombreuses. C'est également l'opinion de PACHE (pp. 26 et 27).

(138) PACHE, pp. 9 et 21.

(139) CUENDET, p. 16.

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 132: «Ce qu'on appelle une obligation de moyens (ou de diligence) est, en droit, une obligation dont le but, étroitement précisé, est limité à un certain «faire» ou «ne pas faire», par une tâche partielle eu égard à un but plus étendu resté en dehors de l'obligation; l'important est non pas que le créancier reçoive ce qui lui est dû, mais que le débiteur ait mis en œuvre tout ce qui dépend de lui pour y parvenir.»

Du même auteur, Le contrat de soins, N° 12.

(140) CUENDET, p. 16.

(141) Cf., note 135, supra: La conduite du débiteur d'une obligation de résultat n'a pas à être examinée.

PACHE, pp. 26-27: Le problème est ici beaucoup plus délicat que précédemment pour le juge: en effet, si la faute demeure invariablement la transgression d'une injonction juridique, il faut constater que le contenu différent de l'obligation violée exclut une appréciation identique de la responsabilité. Le juge devra, pour établir une faute à la charge du défendeur, constater qu'il a commis une imprudence ou une négligence; il ne pourra, en d'autres termes, faire apparaître la violation de l'obligation de moyens, qu'en examinant la conduite du défendeur pour savoir s'il a été prudent et diligent.

Le droit français (doctrine et jurisprudence) a immédiatement qualifié l'obligation du médecin d'obligation de moyens, « le praticien ne prenant à l'évidence pas l'engagement qui serait humainement impossible de guérir son patient » (142). La constatation du résultat défectueux ne suffit pas pour conclure à une faute du médecin. C'est la complexité, l'aspect conjectural de la médecine et la nécessaire indépendance du médecin dans l'exercice de sa profession qui ont incité la jurisprudence française à ranger l'obligation du praticien parmi les obligations de moyens (143).

En définitive, l'aléa est un des critères essentiels de distinction entre les deux types d'obligations: chaque fois que le résultat recherché est incertain, l'obligation assumée est une simple obligation de prudence et de diligence. En revanche, quand le résultat en vue duquel le contrat a été conclu n'est pas aléatoire, on peut normalement penser que le débiteur a promis la réalisation de ce résultat (144).

Aux yeux de MM. MAZEAUD, la théorie des obligations de moyens et de résultat présente deux grands intérêts: elle permet de déterminer l'objet exact de l'obligation d'une des parties et à qui incombe le fardeau de la preuve (145). Dans la pratique, ce qui différencie ces deux types d'obligations, c'est finalement la sévérité avec laquelle on retient la faute.

Notons enfin que cette distinction concerne aussi bien les obligations contractuelles que les obligations délictuelles (146).

C) **L'obligation de sécurité** (147)

Une des parties peut subir un accident pendant l'exécution d'un contrat. Normalement, seule l'action délictuelle lui est ouverte; toutefois, elle disposera

(142) PHARAON, pp. 23-27 et 32; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 166; BOYER CHAMMARD, pp. 77-78; PACHE, pp. 22-23; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 141.

SAVATIER, Traité, pp. 212-213: On entend par là que le médecin ne s'engage pas à guérir le malade ou à obtenir, sur la santé de celui-ci, un résultat précis dont la non-réalisation le constituerait en faute et l'obligerait à des dommages-intérêts. Le médecin, dit la Cour de Cassation, « s'engage seulement à donner au malade des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données actuelles de la science ». Le chirurgien, par exemple, qui convient avec un malade de pratiquer une amputation, détermine contractuellement le résultat à atteindre. Mais il ne s'y engage pas, au point d'être présumé en faute, s'il échoue dans ce résultat. Comme il ne doit contractuellement que des soins convenables, c'est au malade qu'il incombe toujours de prouver, s'il se plaint, la mauvaise qualité de ses soins.

Cass. civ., 27 juin 1939.

(143) PHARAON, pp. 23-27.

PACHE, pp. 22-23: Le dépositaire est également astreint à une obligation de prudence et de diligence (de moyens): il doit être prudent dans la conservation du corps certain.

KORNPROBST, Le contrat de soins, N°° 12, et Resp. du médecin, pp. 134-136, signale que le mandataire, le garagiste, l'artiste (concernant la qualité du spectacle), l'éducateur, l'ouvrier en général, l'administrateur, etc. répondent d'une obligation de moyens en droit français.

(144) PACHE, pp. 23-24.

(145) CUENDET, p. 15, note 77.

(146) Ibid.

(147) Sur l'obligation de sécurité en général, voir notamment: Robert PATRY, L'obligation de sécurité en droits français et suisse, dans RJB (Revue de la Société des Juristes Bernois), 93, 1957, pp. 41-67; S. GOLDSCHMIDT, op. cit., supra, à la note 127; H. LALOU: Contrats comportant, pour l'une des parties, l'obligation de rendre le contractant sain et sauf, D.H. 1931. Chron. p. 37; du même

également de l'action contractuelle si le juge retient que le contrat comportait une obligation de sécurité (148).

La jurisprudence française a défini l'obligation de sécurité comme « l'obligation de rendre, en principe, après un certain temps, ou certains événements qui font l'objet même du contrat, le contractant sain et sauf » (149); une des parties doit donc préserver la personne de son contractant de tout dommage autre que celui résultant de la mauvaise exécution de l'obligation principale du contrat (150).

Selon GOLDSCHMIDT (151), trois conditions doivent être réunies pour qu'un contrat comporte une obligation de sécurité:

— « le contrat doit exposer à d'éventuels dangers la partie qui, aux fins d'être transportée, amusée, hébergée, soignée, etc., se voit dans la nécessité de confier sa personne à l'autre partie;
— un des contractants (152) est, en quelque sorte, sous la dépendance temporaire de celui dont il accepte directives et initiatives;
— le débiteur de l'obligation de sécurité n'est pas un homme quelconque: c'est toujours un *professionnel.* »

Certains auteurs français ont parfois rangé le contrat médical parmi les contrats comportant une obligation de sécurité (153). Il y aurait obligation de sécurité — qui est en fait une sorte d'obligation de résultat — quand l'aggravation de l'état du malade est due à des causes étrangères à l'aléa de l'art médical;

auteur, La responsabilité civile, p. 433; H. et L. MAZEAUD, op. cit., 4e édit., pp. 151 ss.; Jean BRUNET, Observations critiques sur la notion d'obligation de sécurité de fait exonératoire et de faute, Gaz.Pal. 1952 I. Doctrine, p. 24; R. SAVATIER, Le dommage et la personne, D. 1955. Chr. p. 5; BLAEVOËT, Normalité. Sécurité et garde, D. 1955. Chron. p. 37; ESMEIN, Les principes de la responsabilité contractuelle 1933, pp. 77 ss., 213 ss.

Voir aussi note LALOU sous Paris, 25 juin 1935, D. 1936 II 14.

(148) PATRY, op. cit.

(149) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 137-141 qui dresse la liste des professions qui répondent d'une obligation de sécurité, notamment les hôteliers, les exploitants d'attractions foraines, les organisateurs de spectacles ou de réunions sportives, les coiffeurs, etc. L'auteur signale que la jurisprudence n'a jamais voulu y ajouter le contrat médical.

(150) CUENDET, pp. 13-14: En droit suisse, le TF a eu récemment l'occasion de préciser que l'obligation de sécurité comprend « la prévention de tout accident qui n'est pas dû à un comportement imprévisible et constitutif d'une faute grave (concomitante) de la victime ». Il n'y a guère que dans le contrat de spectacle et celui d'aubergiste où le TF admet une obligation de sécurité, et encore avec certaines réserves. L'auteur ajoute que l'obligation de sécurité est en fait imposée par la jurisprudence. Il précise en outre que « l'action délictuelle est toujours possible. Il y a cependant ici plus que le simple concours, parce que, à s'en tenir à la simple possibilité pour la victime d'intenter l'action contractuelle et l'action délictuelle, il faudrait reconnaître que, dans ces cas, sans l'admission d'une obligation de sécurité, seule l'action délictuelle serait possible. Mais le Tribunal fédéral, pour des raisons d'équité ou de justice, a voulu ouvrir la voie contractuelle au demandeur et pour cela, il a introduit dans le contrat cette obligation de sécurité, sans d'ailleurs la nommer expressément. »

(151) CUENDET, p. 13, note 56.

(152) On trouve ici une allusion à l'existence d'une partie faible (in casu le patient) et d'une partie forte (le médecin). Nous reviendrons plus loin sur cette notion.

(153) CUENDET, p. 113, note 158.

l'obligation de sécurité est somme toute le signe d'une responsabilité plus objective (154).

D) L'obligation de résultat du médecin en droit français

Dans certains domaines de l'activité médicale ou paramédicale, la doctrine ou la jurisprudence française a retenu une obligation de résultat (ou de sécurité) à la charge du débiteur, ainsi notamment pour:

1) La fourniture ou la pose d'une prothèse en art dentaire ou en orthopédie (155).
2) L'erreur de groupe lors d'une transfusion sanguine (156).
3) Les analyses de laboratoire et les clichés radiographiques (157).
4) La fourniture par une clinique de médicaments à ses patients (158).

(154) «Le médecin a l'obligation d'amener le malade, au terme de son séjour, sain et sauf de tout dommage autre que celui pouvant résulter des aléas propres à l'intervention elle-même» (Cour d'Appel de Rouen, 4 juillet 1966), D. 1967, Somm. p. 74).

«Le médecin, s'il n'est pas tenu de guérir l'opéré, s'engage au moins à ne pas lui occasionner un dommage s'ajoutant au mal pour lequel il est venu à lui et sans rapport avec ce dernier» (Tribunal de Grande Instance de la Seine du 33 mars 1965).

(155) SAVATIER, Traité, p. 296; LOMBARD, p. 53; BOYER CHAMMARD, p. 85; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 18; du même auteur, Resp. du médecin, p. 142, note 74.

Trib. civ., Lille, 9 décembre 1929, Gaz.Pal. 1930 I 473; voir aussi Dijon, 24 janvier 1952, D.H. 1952.264: non seulement la fourniture d'une prothèse dentaire, mais encore, selon ces arrêts, l'ajustement, le contrôle et la prise d'empreintes préalable à la confection d'une prothèse dentaire qui constituent une obligation du résultat.

(156) SAVATIER, Traité, p. 296; LOMBARD, p. 54; MALHERBE, p. 84; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 18; du même auteur, Resp. du médecin, p. 142, note 74.

(157) BRUNHES, p. 180; LOMBARD, p. 54; SAVATIER, Traité, pp. 268 et 296; MALHERBE, p. 84.

La science a fait de grands progrès dans le domaine des sciences de laboratoire; l'aléa est devenu presque nul. Dans l'analyse de sang, des résultats justes et certains sont devenus possibles sauf imprudence ou négligence. La jurisprudence a profité de ce progrès pour créer à la charge des cliniques ou des médecins employant ces techniques une obligation de résultat. Les tribunaux présument en cas d'échec leur faute. Plus l'aléa est important, plus on se rapproche de l'obligation de résultat.

Cour d'Appel, Paris, 15 octobre 1949, D.H. 1949.538; Trib. civ., Toulouse, 7 novembre 1957, JCP 1958.10972; Cass., 4 février 1959, JCP 1959.11046, note SAVATIER; Cour d'Appel Toulouse, 14 décembre 1959, JCP 1960.11402.

Concernant les clichés radiographiques, cf. MALHERBE, p. 84, note 14:
Le biologiste garantit naturellement l'exactitude des résultats qu'il fournit. Il en est de même pour le médecin radiographe qui doit remettre à sa clientèle des clichés corrects (Cass.civ., 2 mars 1939, Gar.Pal. 1939 I 872); «le médecin d'analyses appelé à doser des produits chimiques ou à faire des compositions mathématiques, le médecin radiographe chargé d'établir des images d'organes, doivent fournir à leur clientèle des résultats corrects. Ils les garantissent. Il est donc logique de les rendre de plein droit responsables de l'incorrection de ces résultats, qu'elle tienne d'ailleurs à eux-mêmes ou aux défauts de leurs appareils.»

(158) Cf., PHARAON, pp. 28-32 sur l'obligation de sécurité des cliniques.

Selon l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mars 1945 (D.H. 1945.217), la clinique est responsable de la nature et de la qualité des médicaments fournis à ses patients. Une présomption de faute est dorénavant admise à la charge de la clinique chaque fois que les médicaments ne répondent pas à leur but normal et c'est à cette dernière de faire tomber cette présomption en prouvant la cause étrangère.

5) La chirurgie esthétique (159).
6) L'installation du malade sur la table d'opération (160).
7) L'explosion en salle d'opération (161).
8) Les dommages dus à des appareils défectueux (162).
9) L'accouchement sans douleur (163).
10) L'insémination artificielle (164).
11) L'obligation du spécialiste (165).

Section 9. Le médecin répond-il de toute faute ou seulement de sa faute grave?

A) Généralités

Deux tendances s'affrontent chez les auteurs et au sein des tribunaux (166). Selon la jurisprudence et la doctrine dominantes, le médecin répond en principe de *toute* faute, même légère, et non seulement de la faute grave comme on le croit communément (167). Certaines juridictions françaises de première instance ou d'appel retiennent en revanche que la responsabilité du méde-

(159) PHARAON, p. 27; MALHERBE, pp. 91, 93-94; LOMBARD, p. 54; BOYER CHAMMARD, p. 85; BRUNHES, p. 186; BAUDRAND, La chirurgie esthétique, Paris 1926; MARTON, op.cit., p. 518; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 18.

(160) Cour d'Appel Rouen, 4 juillet 1966, JCP 1967.15272, note SAVATIER (mauvaise fixation d'un patient sur une table d'opération).

(161) Tr.Gd.Inst. Seine, 3 mars 1965, JCP 1966, 14582.

Dans un cas de compression cubitale pendant une anesthésie générale, la Cour de cassation a retenu une obligation de moyens (Cass.civ., 29 octobre 1968, JCP 1969.15799).

(162) Cass.civ., 28 juin 1960, JCP 1960, 11787, note SAVATIER (appareils de radiologie); BOYER CHAMMARD, pp. 85-86.

(163) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 18 et 271; du même auteur, Resp. du médecin, p. 142, note 74.

(164) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 142, note 74.

(165) BRUNHES, pp. 186-187; SAVATIER, Traité, p. 268.

(166) BOYER CHAMMARD, pp. 88-89.

(167) THELIN, p. 18.

Cf. aussi KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 116-117; CUENDET, p. 127; LOMBARD, p. 43; LOEFFLER, p. 56; POMMEROL, pp. 18-21; DE VILLE DE GOYET, p. 6; ROSENSTIEL, Resp. du médecin, FJS 846, p. 3; DESCHENAUX, Resp. du médecin, p. 866; H. et L. MAZEAUD, Tr. de la responsabilité civile, T.I, N° 509 et 512.

Paris, 16 janvier 1950, JCP 50 II 5716: «Il n'est pas nécessaire, pour engager la responsabilité du chirurgien, que la faute professionnelle soit lourde. Il suffit que l'opérateur ait manqué aux obligations de prudence, d'attention et d'habileté que lui imposaient les circonstances.»

Aix, 10 novembre 1953, D.H. 1954 11. «Attendu en effet que, pour si légère que soit cette inattention et si la faute qu'elle constitue peut se définir en *culpa levissima*, il n'en reste pas moins que la simple inattention de la part d'un chirurgien doit s'analyser en un défaut de précaution en vue d'éviter un accident rare, mais non imprévisible.»

Nîmes, 3 juillet 1911, D. 1914 II 85; Besençon, 16 octobre 1912, D. 14 II 88; Cass.civ., 29 novembre 1920, D. 1924 I 103; Besençon, 11 juillet 1932, Gaz. Pal. 32 II 694; Trib. Bordeaux, 7 juin 1933, Gaz.Pal. 1933 II 615; Montpellier, 7 juin 1934, D.H. 34 483; Trib.Seine, 25 mai 1936, Gaz.Pal. 1936 II 375; Paris, 15 octobre 1949, D.H. 1949 536; Angers, 24 janvier 1951, D.H. 1951 210; Aix 27 février 1952, JCP 52 II 6870; Cass.civ. 9 novembre 1953, D.H. 1954 5.

cin ne peut être engagée qu'à la suite de fautes graves, inadmissibles, grossières, inexcusables ou évidentes (168).

Dans plusieurs arrêts (169), le Tribunal fédéral a estimé que « le médecin ne répondait que d'erreurs inexcusables, de traitements indiscutablement contre-indiqués, de manquements impardonnables aux règles de l'art, d'oubli des devoirs essentiels de la profession et non pas des méprises (Fehlgriffe) qui sont dans une certaine mesure inévitables dans l'exercice d'une profession où les opinions peuvent être si multiples et diverses ».

C'est l'expression « manquements impardonnables aux règles de l'art », employée par le TF, qui a incité certains auteurs à affirmer que seule la faute grave du médecin était susceptible d'engager sa responsabilité.

Notre haute Cour adopte toutefois une autre position, plus rigoureuse envers le médecin, lorsque la prestation exigée du praticien peut, selon les expériences faites, être exécutée avec beaucoup de chances de réussite comme, par exemple, dans le cas d'une opération du goître où un chirurgien avait ligaturé par erreur la carotide au lieu de l'artère thyroïdienne (170).

THILO veut bien admettre que le médecin réponde en principe de toute faute, même légère. Cependant, il estime que ce principe, appliqué dans toute sa rigueur, rendrait impossible l'exercice de la profession médicale. Aussi le juge doit-il tenir compte des imperfections de la science et de la faillibilité humaine (171).

(168) Douai, 15 avril 1897, S. 1898 II 78; Paris, 4 mars 1898, D. 98 II 449; Caen, 16 janvier 1901, D. 1904 II 370; Trib. Seine, 14 décembre 1920, D. 21 II 27; Trib. Bouche-du-Rhône, 20 janvier 1927, D.H. 27 267; Seine, 30 juin 1932, Gaz. Trib. 23 août 1932; Douai, 24 janvier 1933, D.H. 1934, Somm. 3; Paris, 8 octobre 1941, Gaz.Pal., 41 II 444; Lille, 30 juillet 1952, D.H. 1953, Somm. 32; Metz, 21 mai 1967, D. 67 II 110.

Trib.civ., Marseille, 26 avril 1921, Gaz.Pal, 1921 II 162: « Seule la faute médicale peut engendrer la responsabilité du médecin et celle-ci doit être une faute lourde, constituant en soit la transgression des règles du bon sens et de la prudence. »

(169) RO 66 II 34 = rés. JdT 1940 I 298: Le médecin « ne répond pas de toute méprise, mais seulement d'erreurs inexcusables, de traitements indiscutablement contre-indiqués, de manquements impardonnables aux règles de l'art... »

Voir aussi RO 64 II 200 = JdT 1938 I 567; JdT 1941 I 162; RO 70 II 207 (rés.) = SJ 1945, p. 197; SJ 1947, p. 497 (arrêt de la Cour de Justice civile de Genève).

PACHE, p. 113: « Il faut tenir compte, pour juger un médecin, de l'imperfection de la science humaine et de l'art médical en particulier; dès lors, le médecin ne répond pas de toute méprise (erreur manuelle dans une opération, par exemple), mais seulement des fautes dues à l'ignorance des choses qu'il devait connaître ou à l'inobservation des règles de l'art médical. Autrement dit, le principe selon lequel le mandataire — comme l'employé — répond de toute faute ne peut être appliqué ici d'une manière absolue. La jurisprudence la plus récente est d'ailleurs plus catégorique encore: le médecin ne répond que des manquements impardonnables aux règles de l'art. Le TF, dans son arrêt de 1938, a voulu rappeler cette exception au principe, en déclarant que la responsabilité délictuelle doit être appréciée en tenant compte des mêmes éléments. Le médecin doit être prudent et consciencieux, mais il n'est pas responsable de toute erreur, si minime soit-elle. »

(170) RO 70 II 207 = SJ 1947, pp. 197 ss.

SJ 1958, pp. 475 ss. (arrêt de la Cour de Justice civile de Genève). Selon cette juridiction cantonale, « le TF n'a jamais limité la responsabilité du médecin, dans le cadre de l'application d'un traitement, au cas de « manquements *impardonnables* aux règles de l'art ».

Le TF emploie parfois une formule plus juste: le médecin « n'est en faute que si sa méprise provient d'un acte de légèreté ou de l'ignorance des choses qu'il aurait dû savoir... » (RO 70 II 207, précité); voir aussi RO 93 II 19 = JdT 1967 I 153.

(171) CUENDET, p. 127; JdT 1940 I 298; JdT 1944 I 198.

Il est inexact que le débiteur réponde de toute faute, selon l'art. 99 CO. Tout dépend du genre de contrat; dans le contrat de soins, notamment, on ne retiendra que la faute grave. L'art. 99 CO mentionne en effet que la responsabilité du débiteur est plus ou moins étendue selon la nature particulière de l'affaire (172).

Notons enfin qu'en droit italien (173), la responsabilité civile des membres d'une profession libérale ne sera engagée que lorsqu'ils auront commis une faute grave du fait que la profession libérale implique, dans la plupart des cas, « la solution de problèmes techniques particulièrement difficiles ».

B) **Les arguments des partisans de la théorie de la faute grave**

Les partisans de la faute lourde mettent généralement en évidence »174):

1) l'opposition qui existe au sein du corps médical entre les adeptes et les adversaires d'une thérapeutique ou d'une technique déterminées;

2) la complexité et l'aspect conjectural (risque inhérent) de la science médicale, c'est-à-dire la difficulté de distinguer avec certitude si l'échec d'un traitement ou un diagnostic erroné sont dus à une faute du médecin ou à une simple erreur, à un accident;

3) la crainte de paralyser l'initiative et la hardiesse nécessaires du médecin par une trop grande sévérité.

(172) PACHE, pp. 68-69: les limites du devoir de réparer varient selon la nature particulière des obligations assumées. C'est une règle élémentaire du droit des obligations: elle signifie en pratique qu'il faut nécessairement analyser le contenu du contrat avant de se prononcer sur l'action en dommages-intérêts du défendeur. Voir aussi RO 63 II 240 = JdT 1938 I 476 (rés).

ENGEL, pp. 481-482: La réglementation du contrat de travail traduit l'idée qui prédomine dans tout ce domaine: «La mesure de la diligence incombant au travailleur se détermine par le contrat, compte tenu du risque professionnel, de l'instruction ou des connaissances techniques nécessaires pour accomplir le travail promis, ainsi que des aptitudes et qualités du travailleur que l'employeur connaissait ou aurait dû connaître» (art. CO 321 e). La faute s'apprécie au regard de toutes les circonstances.

Les difficultés de l'exécution en elle-même, les obstacles rencontrés inopinément dans l'accomplissement de la prestation due peuvent révéler du manquement un tout autre aspect, une tout autre qualification que si la prestation est simple, facile à exécuter.

(173) Cf. art. 2236 du Code civil italien.

(174) CASANOVA, Resp.méd., Thèse Aix 1946, pp. 36 ss.

Voir aussi NORDMANN, Le contrat d'opération chirurgicale, Thèse Paris, 1939, pp. 96 ss.; M. CARMERMANN, La resp.civ. des médecins, Thèse Paris, 1932, pp. 9 ss.; VOISENET, La faute lourde en droit privé français, Thèse Dijon, 1934, pp. 126 ss.; LOUIS JOSSERAND, La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession, D.H. 1939, chr.p. 32; Louis SEGUR, La notion de la faute contractuelle en droit civil français, Aix, Presses Universitaires, 1956, p. 209.

C) **Les partisans de la théorie de la faute quelconque** (175)

Sans ignorer les arguments développés ci-dessus, ils font remarquer que l'erreur de diagnostic ou l'échec thérapeutique sont loin d'être retenus par les tribunaux comme une présomption de faute ou de négligence.

En fait, l'incertitude de la faute est un indice de son inexistence et non pas la preuve de son importance minime. Ainsi, l'accident, l'erreur excusable ne constituent pas une faute légère mais une absence de faute; la responsabilité du médecin ne sera donc pas engagée.

Dès lors, la distinction entre la faute lourde et la faute légère devient inutile: il y a responsabilité chaque fois qu'une faute a été commise et il n'y a pas de faute qui n'engage la responsabilité. Le médecin répond de toute faute, mais il n'y a faute que s'il manque à une de ses obligations précisées par la jurisprudence, s'il n'agit pas comme l'aurait fait un médecin prudent et diligent.

En outre, ces auteurs estiment que l'adoption de la théorie de la faute lourde aboutirait à un allègement inadmissible de la responsabilité du médecin par rapport à celle des membres des autres professions.

D) **La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat est-elle applicable en droit suisse?**

1) Certains auteurs suisses utilisent parfois le terme de «responsabilité de résultat». Comme le note justement PACHE (176), «ces termes constituent simplement l'une des expressions servant à qualifier la responsabilité indépendante de toute faute, appelée plus souvent responsabilité causale. On ne peut pas

(175) PHARAON, pp. 58-59.

Voir aussi KORNPROBST, pp. 116-117: «De nombreux arrêts ont cherché une issue dans la théorie de la «faute lourde»: serait seule, en principe, constitutive de faute médicale, une faute lourde, grossière et telle qu'un praticien de connaissances ou d'habileté moyennes serait impardonnable de l'avoir commise, mais cette distinction ne repose sur rien de juridiquement absolu et se résout, en pratique, par une appréciation souveraine des juges du fond, suivant l'expression consacrée, c'est-à-dire essentiellement variable, pour ne pas dire subjective. N'a-t-on pas vu, tout d'abord, citer comme exemple typique de faute lourde médicale le fait pour un chirurgien d'oublier dans le ventre d'un opéré une compresse, une pince ou une ligature jusqu'au jour où il apparut que cet accident était le plus souvent explicable, sinon excusable.

Au surplus, la classification traditionnelle et théorique des fautes en culpa lata culpa levis et culpa levissima, ressort beaucoup plus d'une scolastique abstraite que du raisonnement juridique...»

(176) P. 88; puis plus loin p. 116: De toute manière, il est intéressant de remarquer que c'est seulement dans ce domaine que l'on trouve des notes de jurisprudence citant ou appliquant expressément la distinction. Voici, par exemple, ce qu'affirme M. THILO au sujet de l'appréciation de la responsabilité:... le magistrat se souviendra que le médecin est tenu d'employer les *«moyens»* propres à combattre le mal diagnostiqué judicieusement, mais non de procurer infailliblement le «résultat» désiré (JdT 1944 I 198; dans le même sens: RO 66 II 36 = JdT 1940 I 298; RO 64 II 200 = JdT 1938 I 567).

Il ne faut pas confondre l'obligation de résultat avec la responsabilité causale qui est une responsabilité sans faute alors que la distinction entre l'obligation de moyens et celle de résultat est un système fondé sur la faute dans les deux hypothèses, la différence étant surtout la sévérité avec laquelle on retient la faute.

en effet considérer que la responsabilité causale du droit suisse sanctionne la violation d'une obligation de résultat. La théorie de MM. MAZEAUD est fondée en principe sur la responsabilité pour faute. La distinction qu'ils proposent sert précisément à faciliter le travail du juge qui doit reconnaître l'existence d'une faute. Violer une obligation de résultat, comme transgresser une obligation de moyens, c'est commettre une faute. La responsabilité causale (en droit suisse) ne tient pas compte de ces éléments».

2) S'écartant de sa jurisprudence habituelle en matière de responsabilité médicale, le TF, dans un arrêt de 1945 (177), a raisonné différemment, estimant que la prestation du médecin pouvait être, dans la cause qu'il jugeait, exécutée avec beaucoup de chances de réussite. En effet, au cours d'une opération du goître, un chirurgien devait ligaturer l'artère thyroïdienne. Il s'agissait d'un acte bien déterminé, mais le résultat souhaité ne fut pas obtenu, l'opérateur ayant lié par erreur la carotide. Selon notre haute Cour, le défendeur était dès lors présumé en faute. Le TF a déclaré notamment: «Ne pas considérer — sauf dans des circonstances exceptionnelles — comme une faute l'erreur d'orientation au cours d'une intervention ou, plus précisément, l'erreur d'identification de l'organe au moment où il est sacrifié, serait diminuer outre mesure la responsabilité professionnelle du chirurgien. La personne qui se confie à lui doit pouvoir compter sur sa vigilance scrupuleuse et avoir l'assurance qu'il interviendra là où il faut intervenir et pas ailleurs. En l'espèce, l'identification de l'artère thyroïdienne présentait sans doute quelque difficulté, mais il n'y avait rien d'exceptionnel ni d'anormal dans le cas de la demanderesse... L'opération du goître est du reste très fréquente... Si donc, comme cela est acquis aux débats, le chirurgien se trompe et lie la carotide, à savoir une artère essentielle de la tête, on peut en inférer qu'il n'a pas pris les précautions voulues pour identifier l'artère à ligaturer. Dans ce cas, le fardeau de la preuve se déplace et la présomption de négligence qui pèse sur le défendeur ne peut être détruite que s'il établit que, vu les circonstances particulières du cas, sa méprise ne lui est pas imputable à faute.»

En l'espèce, le défendeur n'est pas parvenu à se disculper et le TF l'a condamné en se fondant sur une présomption de faute. Comme le remarque PACHE (178), «on ne peut s'empêcher de penser ici à l'obligation de résultat de MM. MAZEAUD: le chirurgien devait accomplir un acte précis que la technique opératoire permet habituellement de mener à bien; c'était une opération courante, dans laquelle la part de l'aléa était minime. Toutefois, si l'idée fondamentale est la même, il faut constater une première différence importante: le TF voit une présomption de faute où MM. MAZEAUD parleraient de présomption de causalité».

3) D'après PACHE (179), il y a encore d'autres différences entre le système de la responsabilité civile suisse et la théorie française des obligations de moyens et des obligations de résultat de MM. MAZEAUD: la conception de la

(177) RO 70 II 207 (rés.) = SJ 1945, p. 202.
(178) P. 115.
(179) Op.cit., pp. 98, 119, 121 et 125.

faute (180) défendue par ces auteurs est inconciliable avec celle qui lui correspond en droit suisse et la confusion (181) des notions de faute, d'une part, et d'illicéité, d'autre part, en droit français, n'a pas sa place dans notre système juridique. Aussi PACHE (182) conclut-il à juste titre que la distinction des obligations de moyens et de résultat est inapplicable d'une manière générale en droit suisse, notamment dans le domaine de la responsabilité médicale (183).

4) A notre avis, il y a encore d'autres raisons pour rejeter l'application de la théorie de MM. MAZEAUD:

La différence entre ces deux types d'obligations n'est pas aussi tranchée qu'on pourrait le croire au premier abord; pratiquement, elles se confondent souvent. CUENDET (184) relève avec pertinence «qu'une obligation de résultat impose une certaine diligence et que, dans un sens, l'obligation de moyens est une obligation de résultat, ce résultat étant la diligence que le débiteur doit apporter à l'obtention d'un résultat qui est trop aléatoire pour qu'il puisse faire l'objet même du contrat... Toute obligation est orientée vers une finalité, ce qui ne veut pas dire que le débiteur soit tenu de réaliser cette fin; mais on doit atten-

(180) Ibid., p. 98: «Elle (la faute) a chez nous un caractère moral et personnel beaucoup plus marqué que dans la théorie de MM. MAZEAUD, qui en font avant tout un élément de technique juridique (la constatation d'une faute n'implique pas toujours, selon eux, un examen et une appréciation de la conduite du défendeur) ... L'obligation de résultat suppose que la responsabilité peut être reconnue sans examen de la conduite du défendeur. Or, une analyse plus poussée de l'arrêt précité RO 70 II 207 (rés.) = JdT 1945 I 202-203 montre que les juges ont effectivement considéré le comportement du médecin pour savoir s'il pouvait être libéré. Le TF a dit en effet en l'espèce: le défendeur n'a pas réussi à se *disculper*...»

Voir aussi, du même auteur, p. 125.

(181) Ibid., p. 119.

(182) Ibid. pp. 98, 121 et 125.

(183) Ibid., p. 121.

(184) P. 16.

Voir aussi MUSTAFA, pp. 16-17, dont le raisonnement, concernant les contrats d'activité et ceux de résultat, peut être étendu, par analogie, à la distinction des obligations de moyens et de résultat:

«La théorie des contrats d'activité et des contrats de résultat n'a pas échappé aux critiques les plus sévères. Ses adversaires ont avancé que la nature du travail formant l'objet des différentes espèces de conventions de travail est sans importance pour l'essence de ces conventions, en raison de la connexité (Zusammen-gehörigkeit) qui existe entre le résultat et l'activité. Lorsqu'il existe un accord entre les parties contractantes sur la nature du travail à fournir, par exemple, l'enseignement d'une langue, le traitement du malade, la représentation d'une pièce de théâtre, il est indifférent pour l'existence de la convention de savoir si les parties prennent en considération l'activité d'un des contractants ou le produit considéré «comme un tout» de cette activité. Pour la notion de convention de travail, il importe peu que les contractants aient en vue le travail en soi, «die Arbeit an sich», ou qu'ils considèrent le travail du point de vue de son résultat et jugent qu'il a été mis en cause uniquement parce qu'il constitue toujours le moyen indispensable d'obtenir le résultat voulu. Mais si l'on dit qu'un des contractants a conclu la convention pour obtenir un résultat au moyen du travail de l'autre contractant, on peut affirmer tout aussi justement qu'un travail a été convenu entre les deux parties car ce résultat, cet ouvrage, ne peut naître que par un travail et non par magie. Dans le transport des choses ou des personnes, il est tout-à-fait indifférent que le transporteur se charge d'effectuer le transport matériel ou de procurer le résultat final, à savoir le déplacement de la chose ou de la personne. Il s'ensuit que la notion du «travail comme tel» et du «résultat comme un tout» ne peut être utilisée comme un élément de distinction entre les diverses espèces de conventions de travail; en effet, un travail en soi, c'est-à-dire abstraction faite de son résultat, de ses effets sur le monde extérieur, ne signifie aucun avantage, aucun bénéfice pour le contractant.

dre de lui qu'il agisse en ce sens: c'est ce minimum qu'imposent les obligations de moyens».

En effet, le médecin, astreint à une obligation de moyens, ne s'efforce pas moins d'obtenir un résultat: l'amélioration de l'état de santé du patient. Le transporteur, l'entrepreneur, qui répondent d'une obligation de résultat, s'engagent néanmoins à agir avec prudence et diligence, donc à user de certains moyens, à adopter un comportement déterminé

En définitive, comme nous l'avons déjà dit, ce qui distingue ces deux types d'obligations, c'est le fardeau de la preuve et la sévérité avec laquelle le juge retient la faute.

Finalement, les formules concernant la faute médicale et la distinction des obligations de moyens ou de résultat s'opposent surtout par leur terminologie: c'est le plus souvent une pure logomachie (185). Comme le note justement PACHE (186), distinguer entre obligations de moyens et obligations de résultat, c'est en somme «qualifier une opération intellectuelle que le juge accomplit spontanément» et qu'il accomplissait déjà bien avant qu'on ne parle de cette distinction (187).

E) **Conclusion**

Il y a finalement quatre constructions possibles de la responsabilité médicale subjective:

1) Le médecin répond de toute faute, même legère.
2) Le médecin ne répond que de sa faute lourde.
3) L'obligation du médecin est une obligation de moyens (systèmes français et italien).
4) L'obligation du médecin tend bien, dans la mesure du possible, à obtenir un résultat (la guérison des malades) mais avec une double limite:

— le résultat doit pouvoir être atteint;
— le médecin ne répond que de sa faute lourde, ou mieux encore d'une faute caractérisée.

Nous adoptons personnellement la dernière solution, pensant comme SAVATIER que «si désireux que soit un juge de sanctionner, chez les médecins, même des fautes techniques légères, il n'est en situation de les découvrir et de les qualifier que si elles ont des dimensions suffisantes pour l'œil d'un profane. Inversement, si conscient que soit le juge de la nécessité de préserver les initiatives médicales d'une continuelle censure juridique, il viendra au secours du malade dès qu'il le trouvera victime d'une violation certaine, même involontaire, d'un devoir médical (...). D'autre part, l'inévitable inexpérience du magistrat, en

(185) PACHE, pp. 121-126; SAVATIER, Traité, pp. 292-293; PHARAON, p. 68.
(186) PACHE, p. 123.
(187) CUENDET, pp. 18-19.

matière médicale, ne lui permet de discerner dans la technique du médecin que les fautes suffisamment grosses. Ce sont donc celles-ci, et celles-ci seulement, qu'il sanctionne » (188).

C'est ce que veulent exprimer les formules de la jurisprudence du TF telles que les « manquements impardonnables » ; il en résulte que beaucoup d'actes qui, dans une activité ordinaire, seraient qualifiés de fautes, ne pourront l'être en matière médicale (189).

(188) SAVATIER, Traité, pp. 292-293.

MUSTAFA, pp. 16-17, note 2: « La réalisation du résultat stipulé n'est pas le contenu de l'objet de l'obligation, mais elle est son but. Le débiteur n'est pas tenu de produire ces résultats puisque, afin que le résultat puisse se produire, de nombreuses causes dont la conduite du débiteur n'est qu'une, doivent entrer en jeu. »

(189) Cass.civ., 30 octobre 1963, D. 1964 I 81.

Cass.civ., 12 mai 1964, JCP 64 II 267: « Hors de la négligence ou de l'imprudence que tout homme peut commettre, le médecin ne répond des suites de ses soins que si, eu égard à l'état de la science ou aux règles consacrées de la pratique médicale, l'imprudence et l'inattention ou la négligence qui lui sont imputées, révèlent une *méconnaissance certaine de ses devoirs*.

Voir aussi SAVATIER, Traité, p. 293 et BOYER CHAMMARD, p. 90.

Chapitre VIII

Le dommage et sa réparation [1]

Le dommage n'est pas une notion spécifique du droit de la responsabilité médicale; en effet, l'appréciation judiciaire du préjudice causé par l'atteinte à la vie, à la santé ou à l'intégrité corporelle du patient relève simplement du droit commun (2). Aussi, ne ferons-nous que rappeler les grands principes du droit en cette matière.

Section 1. La notion de dommage en droit commun

A) Nécessité de l'existence d'un dommage en responsabilité civile

Toute inexécution du contrat ou tout acte illicite ne provoque pas nécessairement un préjudice. Or, en matière civile, il n'y a pas de responsabilité sans dommage, ce qui la distingue de la responsabilité pénale (3).

Le dommage est connu, au sens de l'art. 60 CO, déjà avant qu'il puisse être évalué exactement en chiffres, dès que le lésé se rend compte qu'il subit un préjudice pouvant justifier une action en justice (4). Toutefois, il faut la conscience d'un dommage; celle de l'acte dommageable à elle seule ne suffit pas.

(1) Sur la notion de dommage, on pourra notamment consulter: VON TUHR, pp. 68-69; BECKER, ad art. 41, notes 6-10; OSER et SCHOENENBERGER, ad art. 41, notes 74 et 75; OFTINGER, T.1, pp. 40-54; KELLER, pp. 38-43; CUENDET, pp. 28-37 et 173-174; VON BUEREN, pp. 42 ss.; Jean LE GUEUT, Chalres-André REYNAUD, Louis ROCHE, Liliane DALIGAND, La réparation du dommage corporel en droit commun, Masson, Paris 1973; J. CARBONNIER, Les dommages résultant des accidents corporels en droit français, dans RSJB 100, 1964, pp. 301 ss.

(2) SAVATIER, Traité, p. 298.

(3) CUENDET, pp. 27, 29 et 30; ENGEL, p. 323.

(4) THILO, p. 40 précise que la connaissance du dommage, c'est «sinon la possibilité d'apprécier d'une manière absolument précise le préjudice causé, du moins le fait que ce dommage est suffisamment grave pour justifier une action en justice».

GILLIARD, Vers l'unification du droit de la responsabilité, Rapport à la SSJ, p. 233, note que «la connaissance du dommage est un concept aux contours mal définis et (que) la jurisprudence du TF montre combien il a embarrassé notre haute Cour».

RO 74 II 30 = JdT 1949 I 365: «Il faut que le lésé connaisse au moins la nature et les éléments du préjudice dont il entend demander réparation, faute de quoi il n'est pas à même d'intenter son action. Ainsi, la connaissance du dommage ne saurait se rapporter seulement à son existence, car alors elle ne viserait guère autre chose que le fait dommageable lui-même; elle doit nécessairement se rapporter aussi — dans une certaine mesure du moins — à son étendue, le dommage répondant essentiellement à une notion de quantité. On a d'autant plus lieu de se montrer large à cet égard que la prescription du droit suisse est fort courte. Dans le bref délai d'une année, il est souvent impossible

Le dommage doit être certain (5), personnel (6) et direct (7); son existence doit donc être *établie* (8) ou tout au moins très probable. En revanche, le dommage ne doit pas forcément être actuel; il peut être futur (9), pourvu que sa survenance et son évolution puissent être prévues et évaluées avec une certitude suffisante et qu'il ne s'agisse pas seulement d'un dommage menaçant ou vraisemblable.

B) **Notion juridique du dommage** (10)

En droit suisse, le dommage, au sens de l'art. 41 CO, est une notion essentiellement patrimoniale (11): c'est « le préjudice qui se traduit pécuniairement par une perte d'ordre économique ou matérielle » (12). L'atteinte (13) au patrimoine du lésé est ainsi la cause nécessaire du dommage (14).

de mesurer l'étendue d'un dommage, surtout lorsqu'il est sujet à modification. Le législateur ne l'ignorait pas. »

RO 89 II 402 = JdT 1964 I 239: « Le lésé connaît le dommage lorsqu'il apprend, touchant son existence, sa nature et ses éléments essentiels, les circonstances propres à fonder et à motiver une demande en justice. Si l'ampleur du préjudice résulte d'une situation qui évolue, la prescription ne saurait courir avant le terme de l'évolution; et encore faut-il peut-être un certain temps au lésé pour apprécier le déroulement des conséquences de l'acte illicite et l'état définitif du dommage. Cette hypothèse se réalise notamment en cas de traitement médical ou lorsqu'une perte de gain s'étale dans le temps, par exemple en raison d'une incapacité de travail, passagère ou permanente... »

Cf. aussi RO 34 II 29 ss.; RO 42 II 46; RO 43 II 60 = JdT 1917 I 383; RO 62 II 149.

(5) ENGEL, p. 324: « Le dommage doit être certain, c'est-à-dire réalisé ou devant se réaliser à coup sûr. »

CUENDET, p. 30: L'existence du dommage doit être établie ou extrêmement vraisemblable.

Il faut prouver un dommage concret (RO 89 II 214 = JdT 1964 I 54).

Il faut que les indices (de la survenance du dommage) dont dispose le juge s'imposent avec une certaine force; « il ne suffit pas que le dommage soit seulement vraisemblable » (RO 60 II 121 = JdT 1934 I 328; RO 93 II 453 = JdT 1968 I 534; SJ 1970, p. 545).

Le juge peut dispenser le demandeur d'apporter la preuve du dommage si celle-ci est impossible ou trop difficile; il suffit qu'il ait la conviction que le dommage existe (RO 81 II 50 = JdT 1956 I 540; RO 93 II 453 = JdT 1968 I 534; RO 95 II 481 = JdT 1971 I 226; RO 98 II 34 = JdT 1972 I 459).

DESCHENAUX et TERCIER, p. 52: « Le dommage certain s'oppose au dommage éventuel (ou hypothétique) qui se produirait si un risque déterminé se réalisait; ce dommage ne peut être réparé tant qu'il n'est pas intervenu. »

MAZEAUD, Leçons de droit civil, T.II, p. 333; PLANIOL, Traité de droit civil, T.II, p. 371; Cass.civ. 19 mars 1947, D. 1947.713.

(6) DESCHENAUX et TERCIER, p. 53.

(7) Ibid. pp. 52-53.

Cf. les mêmes auteurs français précités à la note 5, in fine.

Cass.civ., 24 mai 1948, D. 1948 375.

(8) Le préjudice est tenu pour établi lorsque des indices fournis par le dossier permettent, en considération du cours ordinaire des choses, de déduire avec une certaine force tant son existence que sa quotité (RO 93 II 453 = JdT 1968 I 534).

(9) ENGEL, p. 343: DESCHENAUX et TERCIER, p. 52; OSER et SCHOENENBERGER, note 19, ad art. 43; BECKER, note 31, ad art. 97; OFTINGER, pp. 151 ss.; VON TUHR, p. 500.

(10) CUENDET, p. 31: Tout dommage, même certain, n'est pas propre à entraîner une responsabilité de son auteur... il y a une notion juridique du dommage.

(11) CUENDET, p. 32; VON TUHR, pp. 68 ss.; OFTINGER, I, pp. 40-41; OSER et SCHOENENBERGER, note 74, ad art. 41; BECKER, note 26, ad art. 97; VON BUEREN, p. 42; TERCIER, Le tort moral, p. 14.

« L'homme lui-même — son corps, ses facultés intellectuelles — n'est pas un élément de son patrimoine (15). » Une lésion corporelle ne constitue pas en soi un dommage (16), à moins qu'elle n'occasionne une atteinte au patrimoine, notamment sous la forme d'une perte de gain due à la réduction de la capacité de travail de la victime (17).

Selon OFTINGER (18), la notion de patrimoine doit être interprétée ici *lato sensu* : « C'est l'ensemble des biens ayant une importance économique et susceptibles d'évaluation ». Il comprend ainsi non seulement l'argent et les autres biens mobiliers ou immobiliers mais aussi, notamment, le droit à l'intégrité corporelle, à condition toutefois que l'atteinte ait eu des effets sur le patrimoine du lésé.

En définitive, ce que le CO veut réparer, ce sont les conséquences économiques ou psychiques de la lésion (19). Si l'atteinte à la personne n'a pas d'effet sur le patrimoine et ne cause donc pas un dommage au sens strict, elle peut néanmoins donner lieu à réparation : la somme versée de ce chef ne constitue pas un dédommagement, mais une réparation du tort moral, un apaisement psychologique par des moyens pécuniaires (20).

Section 2. Le dommage en matière de responsabilité médicale

A) Dans le domaine de la responsabilité médicale, le dommage représente essentiellement les conséquences économiques ou morales d'une atteinte à la santé physique, à l'intégrité corporelle, à l'équilibre psychique ou parfois même à

(12) TERCIER, op.cit., p. 14.

Si quelqu'un subit une petite égratignure, il n'y aura pas de préjudice. L'absence de dommage ne provient pas de ce que son montant est trop faible, mais de ce qu'il n'y a pas eu réellement une diminution du patrimoine (CUENDET, p. 33; OFTINGER, p. 47, note 30; ENGEL, p. 346).

(13) Soit par une diminution du patrimoine, soit par une non-augmentation de celui-ci (Cf. sur ce point, infra, notes 40 et 41).

(14) TERCIER, op.cit., p. 36; ENGEL, p. 323; VON TUHR, pp. 68-69.

Le dommage, c'est la diminution du patrimoine de la victime qui se produit sans sa volonté, c'est-à-dire la différence entre l'état actuel du patrimoine du lésé et le montant supérieur que celui-ci aurait si le fait dommageable ne s'était pas produit (RO 71 II 86 = JdT 1945 I 562; RO 76 II 281 = JdT 1951 I 226; RO 86 II 41 = JdT 1960 I 452; RO 87 II 290 =JdT 1962 I 290; RO 90 II 417 = JdT 1965 I 226).

Voir aussi OFTINGER, I, pp. 41 ss.; BECKER, note 6, ad art. 41; OSER et SCHOENENBERGER, note 74, ad art. 41; CHATELAIN, p. 214.

(15) VON TUHR, p. 70.

(16) RO 91 II 425 = JdT 1966 I 448; RO 95 II 255 = JdT 1970 I 554.

(17) VON TUHR, pp. 70-71.

(18) OFTINGER, pp. 40 ss.

DESCHENAUX et TERCIER, p. 49: « Dans le contexte de la responsabilité civile, on entend par patrimoine l'ensemble des biens d'une personne qui ont ou qui peuvent avoir une valeur économique... c'est aussi la possibilité pour une personne d'acquérir par son activité des avantages économiques. »

ENGEL, p. 36: Le patrimoine est « l'ensemble des biens, des droits et des obligations d'une personne, conçu comme une universalité, c'est-à-dire un tout, une unité juridique de valeur pécuniaire ».

Cf. aussi EGGER, note 2, ad art. 28 CC; VON BUEREN, p. 42.

(19) ENGEL, p. 346.

(20) VON TUHR, p. 68; TERCIER, op.cit., p. 14.

la vie du patient. Une intervention chirurgicale — qui par définition implique une atteinte à l'intégrité du patient — ne constitue cependant pas une lésion corporelle si l'acte médical qui l'a causée répond aux diverses conditions qui en font un acte normal et licite (21).

THELIN (22) a noté avec pertinence qu'il existait deux catégories de dommages qui pouvaient engager la responsabilité du médecin:

1) **La lésion corporelle «a medico», due directement à l'acte du praticien** (23)

Il s'agit d'un dommage clair et net; la relation de causalité entre l'intervention du praticien et le préjudice est immédiate, directe, et se solde par une lésion corporelle, provisoire ou permanente, voire par le décès du patient. Ce genre de dommage résulte plus fréquemment d'une thérapeutique chirurgicale (faute de l'opérateur ou de l'anesthésiste) que médicamenteuse.

Le médecin prend à l'évidence des mesures erronées:

— échange de médicaments;
— injection paraveineuse;
— emploi de doses excessives;
— prescriptions de produits grossièrement contre-indiqués;
— mutilation sans indication suffisante;
— maladresse au cours d'une intervention.

2) **Le résultat déficitaire de la thérapeutique au point de vue du patient** (24)

Le patient ne reproche pas, dans cette hypothèse, un acte intempestif ou maladroit à son médecin, mais plutôt une inaction, une attente ou le choix d'une méthode inefficace: le résultat est déficitaire, mais il n'y a généralement pas de lésion corporelle.

La relation de causalité entre le dommage et la conduite du médecin est putative, incertaine, voire inexistante à dire d'expert; ces derniers seront souvent dans l'embarras, car ils doivent discuter a posteriori une indication thérapeutique et l'exécution d'un traitement étendu dans le temps (25).

(21) Cf., infra, 4e partie, de la thèse, L'acte médical normal et licite.

(22) THELIN, pp. 50 et 53.

(23) Ibid., pp. 50-52; voir aussi KOHLHAAS, p. 543.

(24) ROSENSTIEL, Resp.civ. du médecin, FJS N° 846, p. 6; THELIN, pp. 52-53; SAVATIER, Traité, pp. 229-301.
Dijon, 24 janvier 1952, D. 52, 171.

(25) Cf. THELIN, p. 52, qui donne les exemples suivants:
Le malade reproche à son médecin d'avoir retardé sa guérison en recourant à un traitement inadéquat (les frais médicaux supplémentaires ou un arrêt de travail prolongé constituent un dommage).
Le malade reproche au praticien de ne pas avoir obtenu la guérison escomptée, le traitement employé n'étant pas judicieux.
Le patient, dont l'état s'est aggravé après le traitement, estime qu'un traitement différent aurait mieux réussi.
Enfin, le malade (ou ses ayants-droit) attribuera ses maux ou un décès à un manque d'empressement ou de zèle du praticien qui ne se sera pas rendu au chevet du patient avec la diligence attendue, qui aura sous-estimé la gravité d'une affection d'apparence bénigne.

B) L'événement dommageable peut procurer en même temps un avantage au lésé. Or, la réparation n'a pas pour but d'enrichir celui-ci, mais de rétablir son patrimoine. L'avantage obtenu par la victime doit donc être imputé, dans le calcul de l'indemnité, sur le montant dû par l'auteur du préjudice à titre de réparation: c'est la «compensatio damni cum lucro». On retient en quelque sorte le «dommage effectif net» (26). Cette imputation est subordonnée à la condition que les avantages découlent de l'événement dommageable, qu'ils soient donc en connexité avec celui-ci (27).

Les tribunaux français, dans les causes de responsabilité médicale, prennent en considération dans leur appréciation du montant du dommage le bénéfice que le malade a tiré du traitement; «le dommage provoqué par le traitement ne peut, en équité, être isolé du bienfait qu'a procuré le même traitement» (28).

La Cour d'Appel de Lyon eut à connaître le cas suivant (29): Une femme souffrant de dépression nerveuse fut traitée à l'électrochoc par un neurologue qui ne l'informa pas des risques que présentait cette méthode. Le traitement entraîna une fracture des deux têtes humérales. Le Tribunal, tout en retenant la responsabilité du médecin, précisa que le préjudice devait être apprécié en tenant compte à la fois du dommage causé (une fracture osseuse) et du bienfait de la thérapeutique (amélioration de l'état psychique de la patiente). La Cour a considéré que «le traitement médical est indivisible et qu'on ne saurait en dissocier les conséquences heureuses et les conséquences malheureuses. Ainsi, l'état du patient après l'acte médical doit être pris en considération dans son ensemble, en se plaçant successivement avant et après le traitement et cette comparaison permettra seule de fixer l'étendue et la somme du préjudice à réparer».

Toutefois, cette compensation est admissible seulement lorsque «l'acte qu'on impute à faute au médecin a indivisiblement causé le bienfait et le dommage du malade: le bien et le mal de la thérapeutique provenaient, l'un et l'autre, du même acte médical retenu comme fautif» (30).

Section 3. La réparation (31)

Le dommage est défini comme «la différence entre le montant du patrimoine du lésé à un moment déterminé et le montant que ce patrimoine aurait eu

(26) OSER et SCHOENENBERGER, notes 25 ss., ad art. 43; BECKER, notes 11 ss., ad art. 43; OFTINGER, I, pp. 157 ss.; VON BUEREN, pp. 76 ss.; VON TUHR, pp. 85 ss. et les exemples donnés par l'auteur à la p. 86; DESCHENAUX et TERCIER, p. 212; CUENDET, p. 73; VON TOBEL, die Vorteilsanrechnung im schweizerischen Schadensersatzrecht, Thèse Zurich 1930.

(27) Cf. les ouvrages cités à la note 26, supra; voir aussi ENGEL, p. 343; DESCHENAUX et TERCIER, pp. 212-213.

RO 71 II 86 = JdT 1945 I 562.

(28) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 445; PHARAON, p. 71.

(29) Lyon, 19 novembre 1952, D. 1953 253.

Voir aussi KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 444-445.

(30) SAVATIER, Traité, pp. 299 ss.

(31) BECKER, ad art. 41; VON BUEREN, pp. 45 ss.; ENGEL, pp. 341 ss.; KELLER, pp. 38 ss.; OFTINGER, I, pp. 150 ss.; OSER et SCHOENENBERGER, ad art. 41; ROSSEL, pp. 88 ss.

au même moment, sans la survenance d'un événement dommageable» (32); la doctrine (33) admet presque unanimement cette définition.

La responsabilité civile, une fois qu'elle est engagée, consiste en l'obligation de réparer le dommage causé (34). La détermination du dommage subi et la fixation de la réparation (calcul de l'indemnité due par le débiteur à titre de réparation) sont deux opérations distinctes reposant sur des bases différentes (35).

Les articles 42 à 49 CO contiennent quelques règles générales sur la fixation du dommage et de l'indemnité et précisent l'étendue de la réparation dans certains cas particuliers de préjudice (36).

Le juge fixe le mode et l'étendue de la réparation; lorsque le montant exact du dommage ne peut être déterminé, il statuera *ex aequo et bono*, en considération du cours ordinaire des choses, en tenant compte de la nature du dommage, des ressources des parties et des circonstances (37). En outre, le dommage doit être établi de manière concrète, pour le cas d'espèce, en fonction de la situation personnelle du lésé (38).

En matière de responsabilité médicale, le mode de réparation le plus courant consiste dans le versement d'une somme d'argent (dommages-intérêts) dont le but est de rétablir, autant que possible, le lésé dans la situation financière où il se trouvait avant l'acte dommageable (39).

Le dommage peut prendre deux formes (40):

1. **Un damnum emergens** (perte effective)

A la suite de l'événement dommageable, le patrimoine est moins impor-

(32) Cf., supra, note 14.

(33) CUENDET, p. 148; OSER et SCHOENENBERGER, note 14, ad art. 43, note 10, ad art. 97; BECKER, note 6, ad art. 41 et note 26, ad art. 97; VON TUHR, pp. 69 et 97; OFTINGER, I, pp. 41 et 44; DESCHENAUX et TERCIER, p. 210; ENGEL, p. 323.

RO 71 II 86 = JdT 1945 I 562; RO 86 II 41 = JdT 1960 I 452.

(34) CUENDET, pp. 29 et 234; ENGEL, p. 485.

(35) ENGEL, p. 340; OFTINGER, I, p. 51; CHATELAIN, Tendances actuelles du Tribunal fédéral dans le domaine de la responsabilité civile, dans RJS 105, 1969, pp. 209, 217-218.

(36) D'après l'art. 99, al. 3, CO, les règles des articles 42 ss. CO touchant l'étendue de la responsabilité et de la réparation sont applicables par analogie aux dommages-intérêts dus en raison de la faute contractuelle (VON TUHR, p. 68; ENGEL, p. 485; CUENDET, p. 240).

(37) ENGEL, pp. 485-486; VON TUHR, pp. 95 et 499; BECKER, ad art. 43; OSER et SCHOENENBERGER, ad art. 43; VON BUEREN, pp. 53 ss.;

RO 84 II 6 = JdT 1959 I 167; RO 88 II 10; RO 92 II 329 = JdT 1968 I 34; RO 93 II 453 = JdT 1968 I 534.

(38) OSER et SCHOENENBERGER, notes 15 ss., ad art. 43; CUENDET, pp. 58-59; OFTINGER, I, pp. 225 ss.; VON BUEREN, pp. 43 ss.; ENGEL, p. 342; SAVATIER, Traité de la resp. civ., N° 601.

(39) CUENDET, pp. 235-237; ENGEL, p. 341; DESCHENAUX et TERCIER, pp. 215-216; BECKER, note 2, ad art. 43; OFTINGER, I, pp. 48 ss.; VON TUHR, p. 552.

DESCHENAUX et TERCIER, p. 210, font remarquer que la réparation due par l'auteur ne doit en aucun cas dépasser le montant du dommage ainsi établi qui représente le maximum de l'indemnité.

RO 54 II 294 = JdT 1929 I 309.

(40) CUENDET, pp. 61-64; ENGEL, pp. 324-325, 484; VON TUHR, p. 69; DESCHENAUX et TERCIER, p. 50.

RO 20, p. 105 = JdT 1894, p. 368; RO 50 II 375; RO 82 II 136 = JdT 1957 I 105; RO 82 II 397 = JdT 1957 I 464.

tant qu'il ne le serait sans cet événement. La réduction de la fortune nette provient soit d'une diminution de l'actif, soit d'une augmentation du passif.

2. **Un lucrum cessans** (41) (gain manqué)

En raison de l'acte dommageable, la fortune nette du lésé n'a pas augmenté; c'est ainsi la perte d'un gain futur ou d'une possibilité de gain qui peut provenir soit de la non-augmentation de l'actif, soit de la non-diminution du passif.

Le calcul du gain manqué est, le plus souvent, conjectural (42); il s'agit de savoir si le dommage est certain. Le lésé doit donc prouver qu'il aurait réalisé un gain et que l'événement dont répond le défendeur l'en a empêché.

Notons enfin qu'en causant un dommage au lésé, l'auteur du préjudice peut indirectement porter atteinte au patrimoine de tierces personnes qui subissent dès lors un dommage par contre-coup. La jurisprudence suisse en matière de responsabilité civile prévoit que seul celui qui a subi *directement* un dommage corporel ou matériel peut valablement émettre des prétentions (43); elle ne reconnaît donc pas, d'une manière générale, et sauf disposition contraire de la loi (44), la qualité pour agir aux personnes (45) dont le préjudice n'est que consécutif à celui de la victime.

La limitation des prétentions au lésé direct peut paraître sévère; elle est cependant dictée par la pratique et la raison. Le Tribunal fédéral (46) estime qu'« une limite raisonnable doit être assignée aux conséquences juridiques d'un événement dommageable »; en effet, si toutes les personnes indirectement touchées par un événement pouvaient faire valoir des prétentions, les suites en seraient aussi imprévisibles que démesurées.

(41) CUENDET, pp. 62-64; ENGEL, p. 484; OFTINGER, I, p. 43, note 9.

Diminution d'un patrimoine, même seulement prévisible (RO 86 II 41 = JdT 1960 I 452), soit la différence entre le patrimoine actuel du lésé et celui qu'il aurait été sans l'événement préjudiciable; si le lésé est frustré d'un profit qui doit être considéré comme usuel ou qu'il eût vraisemblablement réalisé suivant le cours ordinaire des choses, le dommage réside dans un manque à gagner (RO 90 II 417 = JdT 1965 I 226).

(42) CUENDET, p. 64; VON TUHR, pp. 84 ss.; ENGEL, pp. 324, 325, 484.

(43) Sur cette question, voir entre autres: OFTINGER, I, pp. 49 ss.; KELLER, pp. 39 ss.; VON TUHR, p. 343; BECKER, notes 115 ss., ad art. 41; OSER et SCHOENENBERGER, note 52, ad art. 41; VON BUEREN, pp. 52 ss.; THORENS, Le dommage causé à un tiers, Thèse Genève 1962; TANDOGAN, La réparation du dommage causé à un tiers, dans Mélanges R. SECRETAN, Lausanne, 1964, pp. 305 ss.; SAVATIER, Traité, p. 298.

(44) Par exemple, l'art. 45, al. 3, CO.

(45) Ces tiers, qui subissent un dommage indirect, peuvent être, par exemple, une administration tenue de verser une pension à la suite d'un décès, une assurance astreinte en vertu d'un contrat à réparer le dommage causé par le fautif ou encore le créancier du lésé qui subit un préjudice parce que le patrimoine ou la capacité de travail de la victime a disparu ou diminué (RO 50 II 186 = JdT 1924 I 396; RO 63 II 18 = JdT 1937 I 338; RO 82 II 36 = JdT 1956 I 363).

(46) RO 52 II 263; RO 57 II 181; RO 63 II 21; Ro 73 II 68 = JdT 1948 I 11; RO 81 II 129; RO 82 II 38.

(47) Cf. BECKER, ad art. 45 CO; VON BUEREN, pp. 275 ss.; ENGEL pp. 350 ss.; OFTINGER, I, pp. 201 ss.; OSER et SCHOENENBERGER, ad art. 45 CO; VON TUHR, p. 344.

(48) Cf. litt. B, infra.

Section 4. La réparation en cas de mort d'homme (art. 45 CO) (47)

A) Généralités

Hormis la perte de soutien (48), le dommage en cas de mort d'homme comprend (49):

1) *Les frais funéraires* (50), à savoir les frais:
— de cercueil,
— d'autopsie,
— de faire-part.
— d'inhumation ou d'incinération,
— de transport du corps,
— de cérémonie, de repas de funérailles,
— d'érection d'un monument, etc.

Selon la jurisprudence, il ne s'agit que des frais en relation directe avec le décès (51). En outre, le juge tiendra compte de la condition sociale de la victime, de sa religion et des usages de la région (52).

2) *Les frais de traitement* et le préjudice découlant de l'*incapacité de travail* entre le moment où survient le dommage et celui du décès du lésé quand ils ne sont pas simultanés (53).

L'auteur de l'acte illicite ne peut refuser de payer les frais de traitement de sa victime en alléguant que ceux-ci étaient inutiles puisque la victime est quand même décédée! Dans la mesure où cette tentative n'était pas absurde, l'auteur doit en supporter les frais.

B) La perte de soutien (54)

A titre exceptionnel, l'art. 45, al. 3, CO accorde, en cas de mort d'homme, une action en dommages-intérêts aux personnes ainsi privées de leur soutien (55). Le défunt assurait ou aurait assuré l'entretien de proches qui subissent,

(49) La liste des indemnités dues à raison de la mort prématurée du decujus et prévues par l'art. 45 CO est limitative (VON TUHR, p. 329; RO 54 II 222 = JdT 1928 I 311; RO 82 II 36 = JdT 1956 I 333).

(50) ENGEL, p. 350; DESCHENAUX et TERCIER, p. 230.

(51) RO 54 II 222 = JdT 1928 I 311; RO 65 II 250 = JdT 1940 I 436 ss; RO 95 II 306-308 = JdT 1970 I 447-448.

Voir aussi DESCHENAUX et TERCIER, p. 230: L'indemnité est due aux héritiers, puisque c'est la succession qui supporte ces frais en première ligne (art. 474, al. 2, CC).

(52) DESCHENAUX et TERCIER, p. 230.

(53) Ibid., pp. 229 et 230.
ENGEL, p. 350.

(54) Sur la notion de perte de soutien, cf. notamment K. FEHR, Der Versorgerschaden, Thèse Zurich 1942; P. MAYR, L'indemnisation de la perte de soutien, Thèse Lausanne 1941; E. THILO, De l'indemnité pour perte de soutien, dans JdT 1932 I 34 ss.; RO 82 II 36 = JdT 1956 I 333.

(55) VON TUHR, p. 344.

du fait de son décès, un véritable préjudice dont ils peuvent exiger réparation, par exception au principe général que les dommages indirects causés à des tiers ne sont pas réparés (56). Certes, dans la perte de soutien, il n'y a pas d'action contractuelle puisque ceux qui ont perdu leur soutien n'étaient pas engagés par les liens d'un contrat avec l'auteur du dommage. Cependant, « les bénéficiaires du soutien présent ou futur jouissent d'un droit propre qui n'est pas dérivé de la personne du défunt » (57).

Le terme de soutien désigne la personne qui « par des prestations, gratuites dans leur principe, entend assurer régulièrement et assure en fait, qu'elle y soit tenue ou non par la loi ou un contrat, l'entretien d'une autre ou y contribue, sous quelque forme que ce soit, en nature, en espèces ou en travail » (58). Est également soutien la personne qui aurait vraisemblablement assuré l'entretien d'un survivant si elle n'était pas décédée prématurément.

L'attribution d'une indemnité à titre de perte de soutien est ainsi soumise à certaines conditions:

1) Il y a soutien même si juridiquement le défunt n'était pas astreint à des aliments pourvu qu'en fait il en ait fourni régulièrement (59).
2) Les règles du Code civil sur la parenté et sur les dettes alimentaires (notamment les art. 328 et 330 CC) ne sont nullement déterminantes; toutefois, pour prétendre à une indemnité pour perte de soutien, il faut avoir eu avec le decujus des liens très proches (60).
3) Le demandeur doit avoir besoin d'être soutenu (61).

On distingue en outre le soutien effectif du soutien hypothétique ou futur (62). Il faut enfin préciser que le demandeur n'agit pas en sa qualité d'héritier: le droit à l'indemnité pour perte de soutien et la qualité d'héritier ne sont pas liés (63).

(56) DESCHENAUX et TERCIER, pp. 229-231; voir aussi, supra, notes 43 à 46.

(57) DESCHENAUX et TERCIER, p. 231; RO 64 II 200 = JdT 1938 I 567.

RO 84 II 300: l'action qu'exercent les proches n'est pas celle du défunt qui leur aurait été transmise par succession, mais une action propre que la loi leur ouvre directement.

(58) RO 34 II 447; RO 82 II 36 = JdT 1956 I 333; DESCHENAUX et TERCIER, p. 231; VON TUHR, p. 344.

Pour le droit français, cf. SAVATIER, Traité, p. 298.

(59) DESCHENAUX et TERCIER, p. 231.

JdT 1932 I 34, 47, 407; JdT 1936 I 330; RO 64 II 429 = rés. SJ 1939, p. 479.

RO 54 II 9 = JdT 1928 I 143: il est sans importance que l'entretien soit fourni par obligation légale ou contractuelle, pour des raisons morales ou autres.

(60) THILO, La notion de famille, dans JdT 1923 I 123; OFTINGER, I, p. 205; KELLER, p. 40.

JdT 1956 I 336.

DESCHENAUX et TERCIER, p. 231: le critère est de fait, non de droit, en ce sens que la qualité de soutien ne dépend pas de la parenté, ni des droits de succession réciproques, ni d'un devoir légal ou conventionnel d'entretien.

VON TUHR, p. 344: on interprètera le mot « famille » non pas dans son sens juridique mais suivant les relations qui existaient réellement entre les lésés et le défunt.

(61) DESCHENAUX et TERCIER, p. 231; RO 57 II 180 = JdT 1932 I 41; RO 59 II 461 = JdT 1934 I 402; RO 82 II 36 = JdT 1956 I 333.

Relevons maintenant quelques principes établis par la doctrine et la jurisprudence:

a) Pour qu'il y ait indemnité, il n'est pas nécessaire que la personne privée de son soutien tombe dans la gêne; il suffit qu'elle doive réduire son train de vie (64).

b) Il n'est pas nécessaire que la mort de la victime entraîne une diminution immédiate des ressources et du niveau de vie du bénéficiaire du soutien; il suffit qu'une telle diminution apparaisse probable pour l'avenir (65). Le soutien futur ou hypothétique est ainsi la personne qui, dans un avenir plus ou moins lointain, selon toute vraisemblance, d'après le cours normal des choses, aurait accordé son soutien au demandeur si elle n'était pas décédée prématurément (66).

La loi veut en effet maintenir l'intéressé dans la situation économique et au niveau social qui était le sien avant le décès de son soutien (67). Parce qu'il se trouve dans le domaine des hypothèses, le juge doit à cet égard se montrer réservé (68).

L'enfant mineur qui n'est pas encore en âge de travailler peut être considéré, dans une certaine mesure, comme le soutien futur de ses parents (69). Le TF n'exclut pas l'indemnité, mais il faut que l'enfant donne de sérieuses espérances concernant son avenir, qu'il s'agisse d'une famille de condition modeste et que l'enfant soit mort à un âge tel qu'on puisse raisonnablement attendre de sa

(62) DESCHENAUX et TERCIER, pp. 231-232.

Le problème de la perte de soutien est délicat. En effet, il s'agit d'évaluer un dommage hypothétique. Le juge doit avoir recours à des modes techniques prêtant à discussion en raison de leur caractère artificiel.

RO 57 II 104 = JdT 1931 I 338; RO 59 II 461 = JdT 1934 I 402; RO 62 II 58 = JdT 1936 I 330; RO 62 II 147 = JdT 1937 I 94; RO 66 II 175 = JdT 1941 I 471; RO 66 II 206 = JdT 1941 I 194; RO 72 II 165 = JdT 1946 I 616; RO 72 II 192 = JdT 1947 I 186; RO 79 II 350 = JdT 1954 I 379.

(63) SJZ 38-39, p. 215: ce n'est pas parce qu'on est héritier du défunt qu'on a nécessairement perdu son soutien.

Il faut distinguer la perte de soutien de la simple disparition d'un decujus dont on hérite: le droit à l'indemnité pour perte de soutien et la qualite de l'héritier ne sont pas liés. Mais si on n'est pas héritier, on aura plus de peine à prétendre qu'on avait été soutenu par le decujus: le cas le plus fréquent est celui de l'héritier soutenu.

(64) RO 64 II 198 = JdT 1939 I 52; RO 72 II 165 = JdT 1946 I 616; JdT 1958 I 252.

(65) ENGEL, p. 350-351.

(66) SECRETAN, Cours d'obligations, p. 226; DESCHENAUX et TERCIER, pp. 231-232.

RO 62 II 58 = JdT 1936 I 330.

(67) DESCHENAUX et TERCIER, p. 232.

RO 82 II 36 = JdT 1956 I 333: Le besoin n'existe pas si le demandeur a des revenus suffisants qu'il tire de son travail, de sa fortune ou d'autres sources.

Cette question se pose pour les femmes mariées qui perdent leur mari. Le TF a eu jusqu'ici une vue «bourgeoise» de la question; il considère que la personne qui a perdu un soutien a le droit de rester dans la condition qui était la sienne avant le décès de la victime, en tout cas dans la mesure où cette position correspondait à sa condition sociale. Le TF tient compte de l'impossibilité pour la veuve de fournir un travail incompatible à sa condition sociale. Toutefois, si la femme a des enfants, elle a le droit de rester au foyer sans considération de la condition sociale.

(68) DESCHENAUX et TERCIER, p. 232.

(69) RO 62 II 58 = JdT 1939 I 330; RO 72 II 192 = JdT 1947 I 186; RO 79 II 350 = JdT 1954 I 379.

DESCHENAUX et TERCIER, p. 231.

part un tel soutien (70). Le développement des caisses de retraite a fait perdre beaucoup de son importance à cette question.

c) Les enfants du défunt en âge de gagner leur vie ne sauraient prétendre qu'ils ont perdu leur soutien, même si la mort de la victime les prive d'un certain appui financier (72).

d) L'indemnité allouée du chef de la perte de soutien peut être réduite en raison des chances de remariage de la veuve (72). Pour apprécier si cette chance est réelle, il faut se placer au jour du décès du mari (73); il faut une certaine probabilité que la veuve se remariera, que sa situation s'en trouvera améliorée (74). L'âge de la demanderesse, celui de ses enfants, le nombre de ceux-ci, sont pris en considération (75). Ces principes s'appliquent également au remariage du veuf (76).

e) Généralement, le mari est le soutien de sa femme (77). Dans certains cas toutefois, la femme peut être considérée comme le soutien de son mari (78), notamment en cas de maladie, d'infirmité, de chômage, plus particulièrement dans les familles de condition modeste parce que l'épouse coûtait moins cher à son mari que le personnel qui devra la remplacer pour tenir le ménage et élever ses enfants.

f) Une fois réunies les conditions de la perte de soutien, le juge doit en arrêter le montant; il évaluera pour cela la somme que la personne décédée aurait fournie au demandeur à titre d'entretien si elle avait survécu. Puis le juge estimera la durée probable de l'entretien; le résultat obtenu sera ensuite parfois réduit pour tenir compte de circonstances particulières (79).

(70) Cf., outre les arrêts précités à la note 69: RO 66 II 175 = JdT 145 I 419; RO 82 II 36. ENGEL, p. 351; RO 58 II 29 = JdT 1932 I 359; RO 59 II 364 = JdT 1934 I 67; RO 93 II 89, 97 = JdT 1968 I 322, 329.

(71) RO 37 II 365.

(72) ENGEL, p. 351; DESCHENAUX et TERCIER, p. 235; RO 95 II 411 = SJ 1970, p. 499.

(73) RO 95 II 411 = JdT 1970 I 455 = SJ 1970, p. 499.

(74) DESCHENAUX et TERCIER, p. 235; JdT 1964 I 443.

(75) Divers éléments sont pris en considération pour déterminer si la situation de la veuve se trouvera améliorée: âge, caractère, conditions sociales, milieu familial, santé, attrait physique, nombre d'enfants, situation économique, etc. (RO 72 II 214 = SJ 1946, p. 531; RO 89 II 396 = JdT 1964 I 443; RO 91 II 218 = JdT 1966 I 447).

DESCHENAUX et TERCIER, p. 235: Si l'indemnité est allouée sous forme de capital, les tribunaux font un abattement qui varie entre 10 et 30%.

(76) Le veuf trouve plus facilement à se remarier que la veuve.

RO 57 II 182 = JdT 1932 I 41; RO 59 II 463 = JdT 1934 I 402; RO 82 II 132 = JdT 1957 I 439.

(77) ENGEL, p. 371; DESCHENAUX et TERCIER, p. 231.

Ont été considérés comme soutien effectif: le père (RO 59 II 461 = JdT 1934 I 402; RO 72 II 165 = JdT 1946 I 616) ou la mère (RO 57 II 104 = JdT 1931 I 388; RO 66 II 175 = JdT 1941 I 471), pour leurs enfants légitimes, naturels, voire posthumes (RO 62 II 147 = JdT 1937 I 94); un enfant en âge de travailler pour ses parents (RO 41 II 703 = JdT 1917 I 18); un gendre, pour ses beaux-parents (RO 88 II 455 = JdT 1963 I 425); un frère pour sa sœur ou l'inverse (RO 41 II 703 précité; RO 53 II 50 = JdT 1927 I 234).

(78) RO 82 II 36 = JdT 1956 I 333 (femme au foyer); RO 57 II 180 = JdT 1932 I 41 (femme travaillant dans l'entreprise de son mari); RO 82 II 132 = JdT 1957 I 439 (femme travaillant à l'extérieur); JdT 1956 I 336, 337.

(79) Sur les abattements et les circonstances qui les justifient, voir DESCHENAUX et TERCIER, pp. 232 et 234; voir, supra, notes 71 ss.

1) *Le montant de l'entretien* (80)

A moins qu'il ne soit d'emblée connu, le juge l'évaluera, en procédant en deux temps;

a) il commencera par déterminer le revenu présent et à venir du défunt. C'est le jour du décès qui est déterminant pour ce calcul.

b) il estimera ensuite la part de revenu de la victime dont bénéficiait ou aurait bénéficié la personne entretenue.

2) *La durée de l'entretien* (81)

Le juge fixera le chiffre des dommages-intérêts dus en raison de la perte de soutien d'après le temps pendant lequel les secours auraient vraisemblablement été fournis. Ce temps est lui-même limité par la durée probable de la vie du soutien. On obtient ainsi une rente que l'on capitalise à l'aide des tables STAUFFER/SCHAETZLE.

g) Le juge, enfin, devra comparer (82) les avantages, par exemple un héritage (83), et les pertes résultant, pour la personne soutenue, du décès de la victime; d'une manière générale, il imputera ces avantages au montant de l'indemnité attribuée à titre de perte de soutien.

(80) Sûr le calcul du dommage (calcul abstrait) concernant la perte de soutien, voir DESCHENAUX et TERCIER, pp. 232-233 ainsi que la jurisprudence et les exemples cités par ces auteurs.

Voir également RO 81 II 36 = JdT 1955 I 381; RO 82 II 36; RO 84 II 300 = JdT 1958 I 444; RO 86 II 7 = JdT 1960 I 332; RO 90 II 79 = JdT 1964 I 445; RO 72 II 192 = JdT 1947 I 186; RO 89 II 396 = JdT 1964 I 442 (rés.); RO 97 II 123,131 = JdT 1972 I 130, 137.

RO 95 II 411 = JdT 1970 I 445: il faut calculer séparément pour chaque ayant-droit la perte de soutien qui s'apprécie au jour du décès; cependant, on doit tenir compte des faits survenus en cours d'instance: mort d'un ayant-droit, remariage, etc. (RO 66 II 175; RO 84 II 292; RO 97 II 123 = JdT 1972 I 130).

Le problème est de savoir quelle part de ses revenus le défunt consacrait à la famille. Le TF a approuvé la répartition suivante: 40% pour le mari, 30% pour la femme, 10% à chacun des trois enfants (RO 72 II 165 = JdT 1946 I 616). Un autre arrêt (JdT 1958 I 450) accordait à une veuve sans enfant 40% du revenu du mari défunt.

VON TUHR, p. 345: pour l'enfant illégitime, la pension est due jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de 18 ans (art. 319, al. 2 CC); pour la veuve, tant qu'elle ne se remarie pas.

Si le demandeur est un enfant mineur, l'entretien doit être calculé jusqu'au moment où il est en mesure de gagner sa vie par ses propres moyens, en général jusqu'à sa majorité, parfois au-delà, en raison des études ou de la formation professionnelle que, selon toute vraisemblance, il entreprendra. Il faut tenir compte des circonstances concrètes de l'espèce (RO 65 II 250 = JdT 1940 I 437; JdT 1951 I 474 ss.).

(81) DESCHENAUX et TERCIER, pp. 233-234: la solution consiste à capitaliser sur deux têtes le montant de la perte annuelle en prenant pour base les tables d'activité pour le soutien et les tables de mortalité pour l'ayant-droit; les nouvelles tables de STAUFFER/SCHAETZLE combinent ces deux probabilités.

RO 69 II 25 = JdT 1943 I 443; RO 77 II 40 = JdT 1951 I 475; RO 81 II 38 = JdT 1955 I 437.

(82) ENGEL, pp. 351-352.

RO 66 II 206 = JdT 1941 I 194; JdT 1956 I 51; RO 83 II 443 = JdT 1958 I 51; JdT 1965 I 44.

(83) Il faut tenir compte de la succession qui échoit à la personne qui prétend avoir perdu son soutien (RO 64 II 148 = JdT 1939 I 52; RO 64 II 429 = JdT 1939 I 110). Cependant, il ne suffit pas que le demandeur reçoive une part d'héritage pour perdre son action fondée sur l'art. 45 CO; il faut comparer le montant de cette part à celui du soutien: la personne doit être en mesure de maintenir son train de vie antérieur.

Section 5. La réparation en cas de lésions corporelles (art. 46 CO) (84)

A) Généralités

La lésion corporelle est toute atteinte, temporaire ou définitive, portée à l'intégrité physique (blessures, infirmité) à la santé du corps (maladie) ou à l'équilibre psychique (affection nerveuse ou mentale) d'une personne (85). Comme nous l'avons déjà vu, une lésion corporelle ne constitue pas en soi un dommage, sinon sous la forme de dépenses ou de manque à gagner (86).

A la différence de l'art. 45 CO (87), l'art. 46 prévoit que seule la victime a droit à une indemnité: le lésé ne peut invoquer ainsi que son propre dommage et non le préjudice indirect subi par ses proches ou par des tiers. Le lésé peut prétendre à quatre sortes d'indemnités:

— les frais de traitement (88);
— des dommages-intérêts pour une incapacité de travail;
— une indemnité pour atteinte portée à l'avenir économique (89);
— la réparation du tort moral (90).

B) L'indemnité pour incapacité de travail

L'incapacité de travail peut être temporaire ou définitive, partielle ou totale.

1) *L'incapacité temporaire*

Si, au moment du jugement, l'incapacité a cessé, le lésé a droit au remboursement du gain dont il a été effectivement privé (91) au cas où l'incapacité dure

RO 95 II 411 ss. = SJ 1970, pp. 449 ss.: «Lorsqu'une femme perd son mari, le revenu de sa part dans la succession du défunt doit être porté en déduction du dommage annuel brut qui résulte de la perte de soutien, dans la mesure où ce revenu permet à la veuve de subvenir à son entretien en conservant un train de vie conforme à son état.» Dans le même sens, cf. OFTINGER, I, pp. 162 et 211.

Les prestations résultant d'une assurance de personne, d'une assurance-vie, les rentes AVS, les indemnités versées par l'AI ne sont pas imputées au capital attribué à titre de soutien, ceci étant une manière d'encourager la prévoyance.

(84) Bibliographie générale: BECKER, ad art. 46 CO; VON BUEREN, pp. 270 ss.; OSER et SCHOENENBERGER, ad art. 46 CO; OFTINGER, I, pp. 164 ss.; ENGEL, pp. 336 ss.; CHATELAIN, op.cit., dans RSJB 105, 1969, p. 214; GAUTSCHI, Bemerkungen zur Schadensberechnung bei Körperverletzung, dans RSJ 37, 1941, pp. 115 ss.; P. SZÖL-LÖSY et CH. ROBERT-TISSOT, l'évaluation du dommage résultant de l'invalidité dans divers pays européens, Zurich 1974.

(85) ENGEL, p. 346.

DESCHENAUX et TERCIER, p. 221: La lésion peut atteindre l'intégrité physique ou la santé psychique (perte de mémoire, affaiblissement intellectuel, névrose).

RO 80 II 348 = JdT 1955 I 439; RO 96 II 392 = JdT 1972 I 142.

(86) RO 91 II 425 = JdT 1966 I 448; RO 95 II 255 = JdT 1970 I 554.

Cf. également, supra, notes 11-14.

(87) Cf. section précédente.

(88) Il s'agit des frais d'hospitalisation, d'ambulance, d'analyses, de physiothérapie, de médicaments, de prothèses, de cure, y compris les frais de convalescence et les honoraires médicaux (cf. ENGEL, p. 347; VON TUHR, p. 329; DESCHENAUX et TERCIER, p. 222).

(89) Cf., infra, sous litt. D.

(90) Cf., infra, section 7.

(91) ENGEL, p. 347.

toujours, le juge pronostiquera, avec l'aide des experts médicaux, à quel moment la victime sera définitivement guérie. Il peut aussi prévoir différentes phases d'invalidité à des taux dégressifs (92).

2) *L'incapacité permanente totale*

Dans ce cas (93), l'appréciation du dommage dépendra de plusieurs éléments plus ou moins conjecturaux et conjoncturels (94):

— Le juge calcule d'abord la perte de gain depuis la survenance du dommage jusqu'au jour du jugement (95).

— Il évalue ensuite, en se fondant sur le montant du gain actuel, l'importance du dommage futur; il détermine ainsi le revenu que la victime acquerra ou celui qu'elle aurait vraisemblablement acquis si elle n'avait subi de lésions corporelles (96).

— Puis il prend en considération l'âge du lésé, sa profession, ses aptitudes (qualifications, spécialisation), d'éventuelles promotions, la conjoncture, le marché de l'emploi, etc. Le juge doit tenir compte des circonstances concrètes de l'espèce pour dégager la solution la plus conforme au bon sens et à l'équité (97). En outre, pour une personne qui n'exerce pas encore d'activité lucrative, il évalue ce qu'elle pourrait gagner dans la profession que, vraisemblablement, elle aurait exercée (98).

— Enfin, il évalue le nombre d'années probable pendant lesquelles le lésé aurait été capable de travailler. Il se fondera en principe sur les tables d'activité de STAUFFER et SCHAETZLE; il ne s'en écartera que si des éléments d'apprécia-

(92) DESCHENAUX et TERCIER, p. 226.

(93) La cécité, la perte des deux bras, l'aliénation mentale complète et incurable, constitueront par exemple une incapacité totale permanente.

(94) ENGEL, p. 347.

(95) DESCHENAUX et TERCIER, pp. 222-223; ENGEL, p. 347.

(96) ENGEL, p. 347.

(97) Ibid., p. 347.

Il peut bien entendu y avoir d'autres chefs d'indemnité, par exemple:

frais de personnel nécessaire à un invalide;

frais résultant du changement de profession rendu nécessaire par la lésion (réadaptation, recyclage, etc.).

(98) Quand il s'agit d'un enfant, le juge prend en considération les perspectives professionnelles qui s'ouvrent à lui: la restriction du choix d'une profession dans le cas d'un enfant lésé ne sera que future; le calcul de l'indemnité compensant cette perte de gain à venir s'effectue en capitalisant une rente différée (RO 60 II 38 = JdT 1934 II 290; RO 89 II 56 = rés. JdT 1963 I 416; RO 96 II 255, 262 et 263).

DESCHENAUX et TERCIER, pp. 224-225 remarquent notamment : Ce qui est décisif, ce n'est pas la perte de gain, mais la perte d'une possibilité de gain, de l'aptitude à gagner (RO 62 II 290 = SJ 1937, p. 257). Ainsi, même l'adulte qui n'exerce pas d'activité lucrative avant l'accident peut tout de même réclamer une indemnité pour incapacité de travail s'il rend vraisemblable qu'il se serait livré plus tard à une activité lucrative, pour des raisons sociales, personnelles ou économiques; il doit donc présenter des faits concrets qui permettent de penser qu'il aurait été un jour amené à reprendre une activité lucrative (RO 57 II 94 = JdT 1931 I 489; pour une femme mariée, cf. RO 99 II 221 = JdT 1974 I 478). Cf. aussi, ENGEL, p. 348.

(99) ENGEL, p. 347; DESCHENAUX et TERCIER, pp. 226-227; RO 86 II 7 = rés. JdT 1960 I 332 (applicabilité des tables STAUFFER/SCHAETZLE).

tion lui permettent de fixer cette durée avec plus d'exactitude que les critères mathématiques (99).

Lorsque le lésé est au bénéfice d'une assurance contre les accidents contractée par lui-même ou par un tiers en sa faveur, les prestations de la compagnie ne sont pas imputées à l'indemnité due par l'auteur du dommage. En effet, la prévoyance du lésé ne doit pas profiter au défendeur (100).

3) *L'incapacité permanente partielle*

Dans cette hypothèse, le juge applique les mêmes principes que dans le cas de l'incapacité totale, mais il doit en plus apprécier le degré de l'incapacité.

Les experts évaluent ce taux et fixent une invalidité « médico-théorique » ou fonctionnelle qui ne tient pas compte des circonstances personnelles et qui est fondée sur la nature et la gravité de la lésion, selon des barèmes établis pour chaque membre du corps atteint. Le juge peut alors prendre en considération les données personnelles du lésé, notamment sa profession, pour apprécier la diminution effective de ses possibilités de gain. Ainsi, une paralysie d'une jambe sera moins grave, sur le plan professionnel, pour un intellectuel que pour un maçon. De même, la perte d'un auriculaire compromet plus sûrement l'avenir d'un pianiste que celui d'un manœuvre (101).

(100) ENGEL, pp. 349-350; JdT 1958 I 252; RO 83 II 443-445 = SJ 1959, pp. 6-8; SJ 1965, pp. 169, 175-176.

(101) DESCHENAUX et TERCIER, p. 225: Peut-on attendre du lésé qu'il se soumette à une opération ou à un traitement particulier pour diminuer son invalidité médicale? La jurisprudence l'admet si l'intervention n'est pas trop douloureuse ou risquée, si l'on peut en attendre une suramélioration de l'état de santé et si l'auteur du dommage en avance les frais. Au cas où le lésé s'y refuse sans motif, le juge peut retenir le degré d'invalidité qui aurait été probablement celui du lésé après l'intervention ou le traitement (cf., supra, chap., III, section 11: des conséquences juridiques possibles du refus de recevoir des soins).

Le TF a relevé que la même déficience organique ou la même mutilation qui, pour un homme de cabinet ou un employé de bureau, n'a guère que des inconvénients d'ordre psychologique ou social, sans nuire sensiblement à son activité professionnelle, peut enlever au paysan ou à l'ouvrier jusqu'à la possibilité d'exercer son métier (RO 77 II 296 = JdT 1952 I 470; RO 95 II 255 =JdT 1970 I 554; RO 99 II 214 = JdT 1974 I 474).

On peut exiger du lésé, à certaines conditions, qu'il change de profession si la diminution de la capacité de gain peut ainsi être réduite (RO 89 II 222 = JdT 1963 I 627).

Voir encore RO 77 II 296 = JdT 1952 I 470; ENGEL, pp. 347-348.

(102) RO 57 II 58 = JdT 1931 I 133: La jurisprudence a interprété cette disposition assez strictement. Le juge doit être dans l'impossibilité d'évaluer, avec une certitude suffisante, les conséquences de la lésion et il doit pouvoir pronostiquer, en se fondant sur des faits précis, que l'état de santé de la victime va évoluer dans un sens qu'il ne peut d'ores et déjà déterminer.

SJ 1947, p. 155: La réserve de l'art. 46, al. 2, CO, permet de faire échec à l'autorité de la chose jugée; faute de réserve, il est exclu que le demandeur revienne ultérieurement sur le calcul du dommage dont il a été tenu compte dans le jugement.

DESCHENAUX et TERCIER, p. 227: Il ne faut pas confondre cette réserve de révision avec le droit que le lésé conserve d'intenter, dans les délais de prescription, une action en réparation des *dommages nouveaux* dont il n'a pu être tenu compte dans le jugement.

TERCIER, Le tort moral, p. 224, estime qu'il est conforme au système général de la responsabilité civile d'admettre l'application analogique de l'art. 46, al. 2, CO, à la réparation du tort moral. Dans le même sens: GAUTSCHI, Bemerkungen zur Schadensberechnung bei Körperverletzung nach Art. 46 OR, dans RSJ 37, 1940-1941, pp. 115 ss.; OFTINGER, I, p. 157, note 247.

Voir également OFTINGER, I, pp. 197 ss.; VON BUEREN, p. 274; VON TUHR, p. 105; GILLIARD, Rapport, pp. 238 ss.; RO 86 II 41; RO 95 II 255 = JdT 1970 I 554.

C) **La réserve de révision** (102)

L'appréciation d'un dommage futur est parfois conjecturale, l'évolution du préjudice peut paraître incertaine. Un doute sur les suites durables de la lésion n'autorise pas pour autant le juge à rejeter l'action en dommages-intérêts; il ne peut non plus surseoir à statuer. Il doit trancher et accepter l'action jusqu'à concurrence de ce qui est certain, mais l'art. 46, al. 2, CO, lui permet de réserver une révision de sa décision pendant un délai de péremption de deux ans au plus (103), à compter du jour où il l'a prononcé. Toutefois, le magistrat doit insérer cette réserve dans le dispositif du jugement, sinon toute révision sera exclue. Le demandeur pourra, se fondant sur ce dispositif, intenter une nouvelle action afin d'obtenir une modification du jugement. Le montant de l'indemnité sera alors fixé définitivement, même si par la suite les conséquences dommageables ne confirment pas le calcul du juge.

D) **Préjudice résultant de l'atteinte à l'avenir économique** (104)

Tout en conservant une pleine capacité de travail, le lésé devra peut-être, en raison de lésions corporelles, se limiter à des emplois subalternes; ou alors, il assumera la même activité qu'auparavant mais avec des difficultés accrues (il lui faudra plus d'énergie et plus de concentration); ou alors, il éprouvera de la peine à trouver un emploi. Seules des circonstances particulières justifient l'octroi d'une indemnité de ce chef: il est indispensable qu'il y ait une atteinte à l'avenir économique (105). Le cas le plus fréquent est le préjudice de nature esthétique. Le lésé peut être en état d'infériorité sur le marché du travail, en particulier s'il entend exercer des professions qui le mettent en relation avec le public (artiste de scène, danseuse, mannequin, vendeur, employé d'hôtel, etc.).

Si la lésion cause une atteinte esthétique sans incidence économique, la victime pourra tout au plus prétendre à une indemnité pour tort moral fondée sur l'art. 47 CO (106).

Section 6. Le mode d'indemnité: rente ou capital?

L'indemnité prévue par les art. 45 ou 46 CO peut être versée au lésé sous forme de rente ou de capital; ce choix incombe en principe au juge (107).

(103) Le Prof. GILLIARD, dans son Rapport à la SSJ, op.cit. pp. 238-242, propose de porter ce délai de deux à cinq ans.

(104) ENGEL, p. 349; DESCHENAUX et TERCIER, pp. 223-224.
RO 82 II 25 = JdT 1956 I 324; RO 91 II 425 = JdT 1966 I 448.

(105) RO 59 II 43.

(106) Ce sera le cas, par exemple, de la laideur qui rend difficile un mariage ou de l'impossibilité d'avoir des enfants (cf. arrêt de la Cour civile d'un Tribunal cantonal en Suisse du 9 février 1972: erreur d'organe au cours d'une opération, soit pratique d'une vasectomie au lieu d'une circoncision).

(107) DESCHENAUX et TERCIER, p. 216; VON TUHR, p. 104.

S'agissant de réparer un dommage futur et incertain, la rente paraît le moyen le plus équitable ; étant versée à des échéances « correspondant aux différentes étapes du dommage », elle serre de plus près la réalité : tant que le lésé est en vie, il perçoit la rente ; à son décès, elle cesse (108).

Mais l'allocation d'une rente fait courir à la victime le risque de l'insolvabilité future du débiteur ou de sa succession. Certes, l'art. 43, al. 2, CO dispose que l'indemnité ne peut être prévue sous la forme de rente que si le débiteur est en même temps astreint à fournir des sûretés (109). Or la prestation de sûretés est souvent malaisée. Aussi, les tribunaux préfèrent-ils généralement allouer un capital immédiat, même s'il y a danger que le bénéficiaire ne sache pas le gérer ou qu'il soit grisé par la perception d'une grosse somme d'argent (110). Dans ce cas, la rente sera capitalisée à un taux qui suit, avec une moindre amplitude, les variations du taux d'intérêt et compte tenu de la durée probable de vie ou d'activité professionnelle du lésé. Pour ce calcul, les praticiens disposent de tables établies d'après les statistiques suisses en la matière (111).

(108) La rente a l'avantage de la régularité ; de plus, une personne dépensière pourrait manger son capital. DESCHENAUX et TERCIER, p. 108, notent que la rente correspond mieux à la nature du dommage, qu'elle est donc mieux adaptée à la réparation du dommage futur.

Cf. aussi CUENDET, p. 239, note 1520 ; ENGEL, p. 347.

(109) DESCHENAUX et TERCIER, p. 216 ; VON TUHR, p. 104 ; ENGEL, p. 347.

(110) DESCHENAUX et TERCIER, pp. 216-217 : L'allocation d'un capital est une solution plus simple et plus rapide, généralement pratiquée. Le capital représente en principe les avantages suivants :

— une liquidation rapide et définitive du cas ;

— la mise à l'abri du lésé d'une aggravation ultérieure de la situation financière du responsable ;

— la mise à l'abri de l'auteur du dommage des revendications parfois névrotiques du lésé (sinistrose) ;

— la possibilité donnée au lésé d'obtenir un montant important lui permettant de faire les placements qui lui conviennent.

— GILLIARD, Rapport à la SSJ, p. 212, note 21, ne se montre guère favorable à la rente qui se déprécie rapidement et n'engage pas l'intéressé à faire preuve d'initiative.

Voir aussi CUENDET, p. 238 ; ENGEL, p. 347.

Le TF a admis le principe de l'indemnité sous forme de rente quand le débiteur est une collectivité publique considérée comme toujours solvable (RO 81 II 159 = JdT 1956 I 51 ; voir également, CUENDET, p. 239, note 1519).

(111) ENGEL, p. 348 : L'allocation d'un capital appelle un calcul fondé sur les éléments suivants :

— le montant mensuel ou annuel de la rente ;

— la durée de la rente ;

— le taux de l'intérêt.

La rente doit être servie pendant le temps présumé de l'activité du lésé, à supposer qu'il s'agisse d'une personne exerçant une activité à but lucratif. Les praticiens disposent des tables spéciales dégagées par la statistique suisse en la matière (STAUFFER/SCHAETZLE).

Il sied d'observer que les indications statistiques ne sont jamais que des instruments de travail. Le juge doit de toute manière donner la préférence aux circonstances concrètes de l'espèce.

DESCHENAUX et TERCIER, p. 217 : La valeur actuelle, qui est une notion actuarielle, représente un montant inférieur au total des annuités. Le taux de capitalisation de la rente est actuellement de 3,5 % (RO 96 II 446 = JdT 1972 I 461 = SJ 1971, pp. 634 ss.) ; il est souvent jugé trop bas, vu la situation présente du marché de l'argent (cf. ENGEL, p. 348 ; RO 97 II 123 où l'indemnité pour perte de soutien a été capitalisé à 4 %).

Section 7. La réparation du tort moral (112)

A) Généralités

La réparation du préjudice « ne s'épuise pas dans la compensation des pertes d'ordre patrimonial ». A côté du dommage patrimonial, la victime peut subir en effet une autre sorte de préjudice (113) qui l'atteint dans sa personne, dans son bien-être : ce sont les souffrances physiques et morales. Le CO prévoit une action spécifique : l'action en réparation du tort moral (114).

En droit suisse, la réparation du tort moral se fonde « sur plusieurs dispositions spéciales et sur une disposition générale de caractère supplétif » (115). Le CO contient deux articles, l'art. 47 et l'art. 49, qu'il faut distinguer très nettement (116) et qui prévoient trois hypothèses (117) :

— la mort d'homme (118) ;
— les lésions corporelles (119) ;
— l'atteinte aux intérêts personnels (120).

(112) Le lecteur intéressé par la matière de cette section pourra consulter entre autres les ouvrages suivants :

BECKER, ad. art. 47 et 49 CO ; OSER et SCHOENENBERGER, ad art. 47 et 49 CO ; VON BUEREN, pp. 84-86 et 278-279 ; VON TUHR, pp. 105 ss. ; GILLIARD, Rapport, pp. 246 ss. STARK, op.cit., pp. 78 ss. ; OFTINGER, I, pp. 254 ss. ; du même auteur, Höhe der Genugtuung (Art. 49 OR), dans RSJ 54, 1958, p. 336 ; M. KARDIÇALI, Le préjudice moral et sa réparation en droit suisse, thèse Paris 1939 ; M. TRESCH, La risarcibilità del danno morale puro, thèse Berne 1941 ; J.-M. GROSSEN, La protection de la personnalité en droit suisse, dans RDS 79, 1960, pp. 1a ss. et 36a ss. ; P. JAEGGI, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, dans RDS 79, 1960, pp. 133a ss. et 185a ss. ; G. ABDULRAHMAN-NAJI, Le préjudice moral et sa réparation en droit suisse, thèse Genève 1970 ; J.-P. MUELLER, Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, thèse Berne 1964 ; K. HOTZ, Zum Problem der Abgrenzung des Persönlichkeitsschutzes nach Art. 28 ZGB, thèse Zurich 1967 ; M. REGAMEY, La protection de la personnalité en droit civil, thèse Lausanne 1929, pp. 14 ss. ; A. SIMONIUS, Les droits de la personnalité, dans RDS 66, 1947, p. 25 ; R. DES GOUTTES, Tort moral, dans FJS N° 1141 ss. ; P. STEIN, Die Genugtuung, 2e ed., Genève 1973 ; A. MARTIN-ACHARD, De la réparation pécuniaire du tort moral, thèse Genève 1908 ; F. GIVORD, La réparation du préjudice moral, thèse Grenoble 1938 ; R. BREHM, L'indemnité pour tort moral et le cumul des prétentions du lésé, dans RSJ 65, 1969, pp. 291 ss. ; K. HUETTE, Die Genugtuung, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1975 ; A. BUSSY, Dommage et réparation morale, dans FSJ, N° 918 ; E. BUECHER, Die Ausuebung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranke der aerztlichen Tätigkeit, thèse Zurich 1956.

Notons que l'expression de « réparation morale » qui figure comme note marginale de l'art. 47 CO est peu heureuse puisque la réparation est matérielle ; c'est le dommage qui est moral.

(113) TERCIER, Le tort moral, pp. 19-20.

Voir aussi OFTINGER, I, p. 40 ; EGGER, note 2, ad art. 28 CC ; CHATELAIN, op.cit., p. 214 ; CUENDET, pp. 75-76 ; ENGEL, p. 353.

(114) VON TUHR, p. 105 ; DESCHENAUX et TERCIER, pp. 81 et 91 ; ENGEL, pp. 349 et 353 ; CUENDET, p. 75.

(115) DESCHENAUX et TERCIER, p. 89.

(116) GILLIARD, Rapport, p. 250.

(117) CUENDET, p. 76, note 494 ; ENGEL, p. 354 ; DESCHENAUX et TERCIER, p. 91 ; GILLIARD, Rapport, pp. 246 et 250.

(118) Cf. art. 47 CO.

(119) Cf. art. 47 CO.

(120) Cf. art. 49 CO.

Le tort moral est constitué par les souffrances physiques ou psychiques consécutives à une atteinte illicite aux intérêts personnels, qui affecte la personne en tant que telle et diffère donc du dommage au sens propre (121). Le tort moral implique une diminution de la personnalité et une diminution du bien-être qui en découle (122); selon la doctrine et la jurisprudence, il se caractérise par son aspect subjectif: il n'est pas seulement une diminution de la personnalité, il est surtout une prise de conscience de cette privation (123). L'étendue de la réparation est ainsi déterminée par l'intensité des souffrances qu'a effectivement ressenties la victime (124); la réparation du tort moral doit, dans une certaine mesure, compenser ces souffrances (125). L'indemnité pécuniaire «doit permettre (au lésé) d'obtenir des joies et des satisfactions qui l'aideront à surmonter ses souffrances, à les dominer, à les apaiser (126)»; la victime pourra utiliser le montant reçu pour reprendre goût à la vie, notamment par l'achat de certains objets ou l'accomplissement de certains vœux autrefois irréalisables (127).

B) Les conditions de l'action en réparation du tort moral et l'étendue du montant de l'indemnité

La plupart des principes qui régissent l'action en dommages-intérêts de l'art. 41 CO s'appliquent *mutatis mutandis* à l'action en réparation du tort moral, avec toutefois certaines particularités énoncées par les art. 47 et 49 CO (128). Cette règle est également valable quand le tort moral découle de la violation d'un contrat, dans la mesure toutefois où les conditions énumérées par les art. 47 et 49

(121) VON TUHR, p. 105; BECKER, note 3, ad art. 47 CO; OSER et SCHOENENBERGER, note 4, ad art. 47 CO; OFTINGER, I, p. 255; DESCHENAUX et TERCIER, pp. 54 et 244; DES GOUTTES, FJS N° 1141, p. 4; MARTIN-ACHARD, p. 8; TRESCH, p. 5; VON BUEREN, p. 84; CUENDET, p. 75; BUECHER, pp. 14 et 84.

TERCIER, Le tort moral, pp. 60-61, note que le législateur suisse a renoncé à imposer une définition du tort moral, laissant à la jurisprudence le soin d'opter pour celle qui lui paraîtrait la plus adéquate.

Voir aussi RO 86 II 512 = JdT 1956 I 237 (fillette défigurée par la morsure d'un chien).

(122) TERCIER, Le tort moral, p. 87; DESCHENAUX et TERCIER, pp. 54 et 224; BECKER, note 3, ad art. 47 CO; OFTINGER, I, p. 255.

RO 82 II 111; RO 89 II 56; RO 89 II 401; RO 90 II 79.

(123) TERCIER, Le tort moral, pp. 56 ss., 241 et 242; OFTINGER, I, p. 268; DESCHENAUX et TERCIER, p. 54.

RO 87 II 184; RO 88 II 516; RO 90 II 189; RO 91 II 225; RO 95 II 306.

(124) TERCIER, Le tort moral, p. 57.

(125) TERCIER, Le tort moral, pp. 81,82 et 103 ss.; CUENDET, pp. 75-76, notamment la note 491; VON TUHR, p. 105; DESCHENAUX et TERCIER, pp. 81 et 91; ENGEL, pp. 349 et 353.

(126) TERCIER, Le tort moral, pp. 105-106.

(127) Ibid., pp. 99, 105-106.

(128) DESCHENAUX et TERCIER, pp. 90-91 et 244; CUENDET, p. 77, note 502 et p. 80, note 595; OSER et SCHOENENBERGER, note 75, ad art. 41 et note 10, ad art. 47; OFTINGER, I, pp. 76 ss.

Cf. également, supra, le chap. V: «Les conditions de la responsabilité civile».

L'art. 49, al. 1, ajoute encore aux conditions posées par l'art. 41 CO deux restrictions supplémentaires en exigeant une gravité particulière du préjudice subi et de la faute commise.

TERCIER, Le tort moral, pp. 103 ss., 109.ss., 181, 195. L'auteur fait remarquer, à la page 195, que l'illicéité de l'atteinte est une condition générale de l'action en réparation du tort moral.

CO sont réunies (129). Dès lors, l'action en réparation du tort moral sera soumise aux principes applicables à la responsabilité contractuelle (130).

TERCIER (131) pense que le défendeur ne doit verser une indemnité à la victime que si le tort moral existe toujours au moment du jugement. En d'autres termes, il faut que le demandeur n'ait pas encore surmonté le choc qu'il a subi. La gravité du tort moral est en effet souvent fonction de sa durée. Pour intéressante que soit cette idée, nous ne croyons toutefois pas qu'elle pourrait être accueillie par la jurisprudence.

Une indemnité peut également être allouée pour le tort moral que la victime ressentira selon toute vraisemblance à l'avenir: il s'agit du tort moral futur (132) qui est admis au même titre que le « lucrum cessans » ou la perte de soutien.

Alors que le calcul du dommage patrimonial se fonde sur des données objectives, l'évaluation du tort moral échappe à toute appréciation rigoureuse puisqu'elle concerne des valeurs par définition non mesurables (133). Les éléments sur lesquels le juge peut s'appuyer pour fixer l'indemnité sont en principe inestimables en argent. Aussi son pouvoir d'appréciation est-il très grand, tant pour l'évaluation du préjudice que pour la fixation du montant de la réparation (134). « Aucun tarif ne peut être établi sur la fixation des montants à allouer à titre de réparation morale; il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances qui diffèrent d'un cas à l'autre (135). »

L'établissement d'une certaine échelle des valeurs est en revanche normale et nécessaire « pour éviter de trouver des écarts considérables entre les montants alloués si le juge s'en remettait uniquement à sa sagesse » (136). La méthode suivie en cette matière aboutit ainsi « à une certaine systématisation des résultats », qui permet aux tribunaux d'exercer leur pouvoir d'appréciation en comparant les cas dont ils connaissent avec ceux qui ont déjà été jugés et en se référant aux critères objectifs et généraux qui ont déjà été retenus. Le développement de cette

(129) Une réparation du tort moral ne peut se fonder sur la seule inexécution du contrat par une partie. Pour qu'une telle réparation puisse être ordonnée, il faut que, par elle-même ou en raison de circonstances, la violation du contrat constitue un acte illicite selon l'art. 41 CO.

(130) CUENDET, p. 80, note 526; OFTINGER, I, p. 256; VON BUEREN, p. 86; OSER et SCHOENENBERGER, note 14, ad art. 99 CO et notes 4 ss., ad art. 339; BECKER, notes 13 ss. et 26 ss., ad art. 99 CO; TRESCH, pp. 51 ss; KARDIÇALI, pp. 136 ss.; MARTIN-ACHARD, p. 167; ABDULRAHMAN-NAJI, pp. 150 ss.

RO 76 II 107; RO 80 II 256; RO 86 I 526; RO 87 II 157; RO 90 II 86; RO 92 II 15.

(131) TERCIER, Le tort moral, pp. 70 ss., 188-189, et 257. L'auteur, p. 216, estime qu'il en va de même lorsque la victime a formellement renoncé à réclamer une indemnité ou quand elle a pardonné à l'auteur du dommage à l'instar de ce qui se passe en cas de divorce.

Voir aussi OFTINGER, I, p. 275.

RO 62 II 6; RO 63 II 200 = JdT 1937 I 578; RO 89 II 396 = JdT 1964 I 451.

(132) TERCIER, Le tort moral, pp. 71, 188-189; OFTINGER, I, p. 265.

RO 72 II 170; RO 88 II 455; RO 90 II 79.

(133) TERCIER, Le tort moral, pp. 81-82; DESCHENAUX et TERCIER, p. 246; VON TUHR, pp. 105 et 108; ENGEL, pp. 353-354; CUENDET, pp. 75-76.

(134) OFTINGER, I, pp. 233 ss. et 445; TERCIER, Le tort moral, p. 211.

(135) TERCIER, p. 243.

RO 90 II 190.

(136) TERCIER, p. 243; OFTINGER, I, pp. 443 ss..

casuistique représente ainsi la seule manière d'assurer dans ce domaine une certaine sécurité du droit et « une application uniforme et équitable des institutions de droit privé » (137).

Pendant des décennies, les montants alloués à titre de réparation du tort moral sont restés identiques en dépit de la diminution constante de la valeur de la monnaie (138); il semble que les tribunaux se montrent très réservés devant l'institution elle-même. Cependant, depuis quelques années, de nombreuses voix (139) se sont fait entendre qui réclamaient une augmentation des montants accordés et le Tribunal fédéral a marqué sa volonté d'augmenter le niveau des indemnités (140).

En fait, la réparation du tort moral est souvent une surindemnisation, un supplément d'indemnité destiné à mieux réparer le préjudice matériel, « à compléter ou à arrondir certains postes de dommages-intérêts qui sont difficilement chiffrables, de sorte que la somme des montants alloués apparaisse en définitive appropriée à l'ensemble des circonstances concrètes » (141). En outre, les tribunaux attribuent fréquemment une indemnité unique et globale pour le dommage et pour le tort moral. Cette solution est contraire à la ratio des art. 41 ss. qui distinguent nettement les deux actions et appliquent à la réparation des deux préjudices des principes en parties différents (142).

C) L'article 49 CO : l'atteinte aux intérêts personnels (143)

Il s'agit ici d'un préjudice à la personne du lésé plutôt qu'à son patrimoine (144). L'atteinte aux biens personnels est donc la cause nécessaire de cette action (145); le siège en la matière est l'art. 28 CC. Cependant, on peut se demander si les art. 49 CO et 28, al. 2, CC, se complètent ou se contredi-

(137) TERCIER, Le tort moral, pp. 239-240. L'auteur note que la comparaison des cas avec les précédents et la systématisation des critères ne peuvent être développées que si les décisions rendues sont dûment motivées; les considérants doivent indiquer les critères et les facteurs retenus.
OFTINGER, I, p. 444.

(138) OFTINGER, I, p. 268.

(139) GROSSEN, op.cit., pp. 43.ss.; CHATELAIN, p. 231; TERCIER, Le tort moral, pp. 247-248. Ce dernier auteur estime que « dès l'instant où on admet le principe de la réparation du tort moral, il faut se montrer conséquent et chercher à faire remplir à cette institution le rôle qu'on s'accorde à lui attribuer ».
Cf. également le répertoire des arrêts récents cités par TERCIER, Le tort moral, pp. 268 ss.

(140) Cf. TERCIER, Le tort moral, pp. 269-284 (répertoire des arrêts).
Cf. également HUETTE, Die Genugtuung.

(141) GILLIARD, Rapport, pp. 252 et 257; DESCHENAUX et TERCIER, pp. 244-245; ENGEL, p. 354; ROSENSTIEL, Resp. du médecin, FJS N° 846, p. 7, note 50.

(142) Ibid.
RO 84 II 577; RO 89 II 332; RO 92 II 39.

(143) DESCHENAUX et TERCIER, pp. 90 ss. (notamment la bibliographie, p. 93 in alto); SECRETAN, Cours polycopié, pp. 233-234; TERCIER, Le tort moral, p. 19.

(144) TERCIER, Le tort moral, pp. 30-31.

(145) Ibid.
Cf. aussi OFTINGER, I, p. 255.

sent (146). En effet, l'art. 28, al. 2, CC dispose qu'une action en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation du tort moral ne peut être intentée que «dans les cas prévus par la loi» (147). Cette limitation est dénuée de toute portée vu que l'art. 49 CO consacre une action «générale» en réparation du tort moral (148).

Finalement, la principale fonction de l'art. 28 CC revient «à situer l'action en réparation du tort moral dans son véritable contexte: celui de la protection de la personnalité» (149).

«La reconnaissance du droit général de la personnalité atteste seulement que les intérêts personnels dignes de protection ne sont pas exhaustivement énoncés par la loi, mais elle n'implique pas pour autant la protection de n'importe quel intérêt. L'art. 28 CC laisse à la doctrine et à la jurisprudence le soin de déterminer quels biens personnels elles veulent reconnaître et garantir (150).»

Selon la doctrine et la jurisprudence, les biens personnels sont, en l'absence de tout contenu patrimonial, les qualités essentielles de la personne qui lui appartiennent en propre de par sa seule existence et y sont intimement liées; ils «embrassent tout ce qui sert à individualiser une personne et qui est digne de protection vu les besoins des relations entre individus et selon les mœurs» (151).

L'art. 49 CO pose encore deux conditions pour accorder une indemnité à la victime:

1) Le préjudice subi doit être particulièrement grave (152) et dépasser la mesure de ce qu'une personne peut et doit supporter. «La vie en société nous apporte quotidiennement des souffrances, des vexations, des déceptions; ce sont là les conséquences inéluctables des relations humaines telles qu'elles ont été et seront toujours. On peut donc exiger de toute personne qu'elle accepte et surmonte ces souffrances tant que celles-ci se situent dans les limites de ce qu'elle peut raisonnablement supporter. Ce n'est que dans le cas où le préjudice est d'une gravité supérieure à la moyenne qu'il importe d'allouer à la victime une réparation pécuniaire pour l'aider à surmonter ses souffrances (153).»

(146) BECKER, note 1, ad art. 49 CO; OSER et SCHOENENBERGER, notes 2 et 3, ad art. 49 CO; EGGER, note 86, ad art. 28 CC; VON TUHR, p. 106; CUENDET, pp. 76-77.

(147) Cf. notamment les art. 29, al. 2, 93, 134, al. 2, 151, al. 2, 318 CC et l'art. 47 CO.

(148) DESCHENAUX et TERCIER, p. 89.

(149) TERCIER, Le tort moral, p. 111.

(150) GROSSEN, Rapport sur la protection de la personnalité en Suisse, dans RDS 1960, pp. 19a ss.

(151) TERCIER, pp. 20-21.

Voir aussi REGAMEY, op.cit., pp. 14 ss.; BUECHER, p. 60; HAFTER, N° 1, ad art. 27 et N° 9, ad art. 28 CC; GROSSEN, pp. 4a ss.; BUERGY, Wesen und Entwicklung der Persönlichkeitsrechte nach schweizerischem Privatrecht, dans RDS 67, 1947, pp. 1 ss; RO 95 II 486.

(152) TERCIER, pp. 72, 152, 189. L'auteur ajoute (pp. 190-191) que l'art. 49 exige la gravité du tort moral mais pas nécessairement celle de l'atteinte.

RO 76 II 108 = JdT 1951 I 73; RO 95 II 481 = JdT 1971 I 226.

(153) TERCIER, Le tort moral, pp. 13 et 152.

Cf. aussi OFTINGER, I, p. 263; VON BUEREN, p. 85.

(154) TERCIER, Le tort moral, p. 206; DESCHENAUX et TERCIER, p. 93 ainsi que les arrêts cités par les auteurs aux notes 121-127.

Cf. également OSER et SCHOENENBERGER, note 10, ad art. 49; BECKER, note 9, ad art. 49 CO; TRESCH, p. 46.

2) La réparation doit être également justifiée par la gravité particulière de la faute (154). Il n'est cependant pas nécessaire que l'acte de l'auteur ait entraîné une condamnation pénale; inversèment, toute faute sanctionnée par le juge pénal n'est pas toujours « particulièrement grave » (155).

Les exigences sévères de l'art. 49 CO sont excessives, d'autant plus que l'action qu'il fonde est beaucoup plus légitime, sur le plan éthique, que celle de l'art. 47. L'application de l'art. 49 est relativement rare alors que l'indemnité qu'il prévoit « constitue probablement la seule manière de réprimer efficacement les atteintes aux intérêts personnels » (156).

D) L'article 47 CO

Les lésions corporelles ou le chagrin causé par la mort d'un être cher (157) provoquent très souvent des troubles d'ordre psychologique ou des souffrances physiques: ce sont ces atteintes extra-patrimoniales que vise à réparer l'indemnité prévue par l'art. 47 CO. Dès qu'il y a lésion corporelle, c'est donc l'art. 47 CO et non pas l'art. 49 qui s'applique (158).

L'art. 47 pose des exigences moins sévères que l'art. 49: le juge peut allouer à la victime (ou à sa famille en cas de mort d'homme) une somme d'argent à titre de réparation du tort moral « en tenant compte de circonstances particulières » (159). A la différence de l'art. 49 CO, l'art. 47 CO ne mentionne pas la faute comme condition de la réparation (160). Ainsi l'indemnité peut être accordée même si l'auteur, objectivement responsable, n'a pas commis de faute. Une faute légère de la victime n'exclut pas la réparation (161).

E) La mort d'homme

Lorsque la victime est morte des suites de l'atteinte que lui a portée l'auteur, l'action de l'art. 47 CO est ouverte à ses proches qui pourront obtenir une réparation du tort moral subi (162). Le cercle des bénéficiaires éventuels est très large: il s'agit de tous ceux qui ont des rapports familiaux et qui font ménage commun avec le défunt, non seulement les enfants, le conjoint, le père et la mère, mais également le fiancé ou la fiancée, les frères et sœurs, même majeurs, les beaux-parents, à condition, pour ces derniers, qu'ils aient vécu avec la vic-

(155) BECKER, note 9, ad art. 49 CO; RO 44 II 595.

(156) DESCHENAUX et TERCIER, p. 93; TERCIER, Le tort moral, p. 206; GILLIARD, Rapport, p. 250, qui fait remarquer que la réparation du tort moral, discutable dans le cadre de l'art. 47 CO, est pleinement justifiée dans le cadre de l'art. 49.

(157) CUENDET, p. 77.

(158) OSER et SCHOENENBERGER, note 4, ad art. 47 et note 5, ad art. 49 CO; BECKER, notes 2 ss., ad art. 47 et notes 4 ss., ad art. 49 CO; DESCHENAUX et TERCIER, p. 89.
RO 46 II 50; RO 66 II 114 = JdT 1940 I 502; RO 81 II 512 = JdT 1956 I 237.

(159) OFTINGER, pp. 263 ss.; OSER et SCHOENENBERGER, notes 12 ss., ad art. 47 CO; BECKER, notes 2 ss., ad art. 47 CO.

(160) GILLIARD, Rapport, pp. 247-248.

(161) RO 95 II 306 = JdT 1970 I 447: le degré de gravité de la faute de l'auteur du dommage ou de la victime (art. 44 CO) constitue une « circonstance spéciale ».

(162) TERCIER, Le tort moral, pp. 148-150; OFTINGER, I, p. 205; KELLER, p. 40.

time ou « qu'il ait existé des liens d'affection d'une certaine intensité (163). »

La qualité de proche suppose donc la réunion de deux conditions (164):

1) *L'intensité du lien affectif:* l'action est ouverte en principe aux personnes qui entretenaient avec la victime des rapports étroits et qui ont été, de ce fait, particulièrement éprouvées par son décès (165). Il n'est pas nécessaire qu'il s'agisse de liens de sang; la parenté constitue à cet égard une simple présomption qui n'est cependant pas une condition absolue de la réparation (166).

2) *La communauté de vie:* la perte d'un proche ne peut en principe causer un tort moral d'une gravité suffisante que si le défunt faisait ménage commun avec le demandeur ou tout au moins si ce dernier vivait dans l'entourage de la victime; ce principe est d'ailleurs très discutable (167).

F) Les lésions corporelles

En cas de lésions corporelles, l'action n'appartient qu'au lésé et non aux proches indirectement atteints. Seule la victime directe est ainsi habilitée à réclamer l'indemnité (168). Cette restriction du cercle des bénéficiaires a été violemment critiquée par certains auteurs (169) qui préconisent, à l'instar du

(163) DESCHENAUX et TERCIER, pp. 92 et 249; ENGEL, pp. 352 et 356; GILLIARD, Rapport, pp. 253-254; RO 72 II 165 = JdT 1946 I 616 (indemnité allouée à un enfant en bas âge qui avait perdu un de ses parents).

Cf. aussi THILO, La notion de famille, dans JdT 1932 I 123.

Pour les frères et sœurs faisant ménage commun avec la victime, voir RO 63 II 219; RO 64 II 53; SJ 1953, p. 177; RO 89 II 396 = JdT 1964 I 451.

Pour le fiancé: RO 66 II 206 = JdT 1941 I 194.

Pour les beaux-parents: RO 88 II 455 = JdT 1963 I 425.

(164) DESCHENAUX et TERCIER, p. 92; ENGEL, p. 356.

(165) OFTINGER, I, p. 259; OSER et SCHOENENBERGER, note 7, ad art. 47 CO; VON BUEREN, pp. 278 ss.; KARDIÇALI, pp. 122 ss.; MARTIN-ACHARD, p. 90; TRESCH, p. 34; ABDULRAHMAN-NAJI, pp. 102 ss.

(166) GILLIARD, Rapport, p. 253.

RO 46 II 54 = JdT 1932 I 123; RO 57 II 472; RO 88 II 461; RO 89 II 396 = JdT 1964 I 451.

(167) GILLIARD, Rapport, pp. 256-257, estime que dans ce cas l'indemnisation devrait être limitée aux personnes que le décès affecte très profondément; elle devrait être très modique et subordonnée à une faute grave du défendeur, afin de permettre simplement à la personne ébranlée par une épreuve de s'en remettre grâce à quelques semaines de repos. L'allocation d'une grosse somme serait franchement immorale.

(168) OFTINGER, I, p. 259; OSER et SCHOENENBERGER, note 6, ad art. 47 CO; GILLIARD, Rapport, p. 258; VON BUEREN, p. 279; GIOVANONNI, op.cit., p. 272; RO 58 II 127 = SJ 1932, pp. 501-504.

(169) TERCIER, Le tort moral, p. 194; VON BUEREN, p. 279; DESCHENAUX et TERCIER, p. 91 ainsi que la jurisprudence citée par ces deux auteurs; J. CARRARD, Le dommage esthétique et sa réparation, dans JdT 1938 I 335; B. RUSCONI, in RDS 86, 1967, II, p. 761.

GILLIARD, Rapport, p. 258, remarque que les parents d'un enfant défiguré ne peuvent demander réparation de leur propre tort moral qui est pourtant réel dans ce cas.

Les tribunaux français accordent la réparation du tort moral subi par le conjoint du fait d'une grave atteinte à l'intégrité corporelle de l'autre conjoint et aux parents si une telle atteinte a été portée à leur enfant (Cf. H. LALOU et P. AZARD, Traité pratique de la responsabilité civile, 6e éd., Paris 1962, N° 156, pp. 100 ss.).

En revanche, dans un arrêt du 9 février 1972, une Cour civile cantonale n'a pas accordé d'indemnité à la femme d'un patient qui avait été stérilisé par erreur alors qu'il aurait dû être circoncis. Pourtant, l'épouse subissait un dommage incontestable puisque la stérilité de son conjoint l'empêcherait d'avoir des enfants. Seul le patient avait une action en réparation du tort moral. Même si cet arrêt peut choquer le sens commun, il est fidèle à la ratio de l'art. 47 CO.

droit français, « un assouplissement de la règle, l'application stricte du principe pouvant en effet conduire à des solutions choquantes ».

La diversité des lésions corporelles « met obstacle à l'automatisme de l'octroi d'une indemnité » ; les motivations sont extrêmement variées (170). Le dommage esthétique est notamment pris en considération. A l'heure actuelle, il n'est plus seulement « considéré comme un préjudice patrimonial mais aussi comme un élément limitant le choix d'une profession, l'aspect physique, même pour les hommes, jouant un rôle croissant dans la vie professionnelle » (171).

L'opération la plus délicate consiste à évaluer le tort moral subi par la victime ; elle fait largement appel au pouvoir d'appréciation du juge (art. 4 CC). Celui-ci doit rechercher quel serait le montant nécessaire pour que la victime surmonte le tort subi en tenant compte de toutes les circonstances (172) du cas, notamment de :

— l'intensité de l'atteinte, sa durée et la valeur du bien atteint (173) ;

— l'intensité et la nature des souffrances, leur durée et leur répercussion sur la santé physique et psychique de la victime (174) ainsi que la durée de l'hospitalisation et du traitement (175) ;

(170) Le Prof. GILLIARD, Rapport, pp. 254 ss. énumère un certain nombre d'hypothèses : la cécité (RO 89 II 24) ;
les souffrances en cours de traitement (RO 82 II 25 = JdT 1956 I 324) ;
le port nécessaire d'une prothèse (RO 70 II 215 = JdT 1945 I 41 ; JdT 1947 I 493) ;
les troubles psycho-somatiques accompagnés de perte de l'instinct sexuel (RO 73 II 39 = SJ 1947, p. 305) ;
l'invalidité complète.

(171) GILLIARD, Rapport, pp. 254-255 : Le préjudice esthétique mérite une place à part, en raison de son caractère mixte à la fois pécuniaire et non pécuniaire. Il est clair, en effet, que l'enfant défiguré ou contraint de porter une prothèse, voit ses chances d'avenir compromises, notamment la possibilité de faire un mariage avantageux et les difficultés que l'intéressé rencontrera dans le choix ou la poursuite d'une carrière. Ce second élément du dommage, quoique non susceptible d'une évaluation précise, doit être traité comme un dommage matériel. Il en va de même, naturellement, lorsque la victime du préjudice esthétique est un adulte dont la réussite professionnelle est affectée par cette atteinte. En revanche, lorsqu'il apparaît que l'atteinte n'aura pas d'incidences économiques, sa réparation peut être subordonnée à une faute de l'auteur ou de ses auxiliaires, voire même à une faute grave.

MALHERBE, pp. 94-96 : Le droit français et la jurisprudence admettent que le lésé peut être indemnisé pour des atteintes qui enlaidissent le visage ou le corps. Dans certaines circonstances, en raison de la profession exercée, le préjudice esthétique est réparé en tant que facteur de l'incapacité permanente partielle de travail : c'est le cas des artistes, des mannequins, des effeuilleuses, des employés qui sont en contact avec le public. Sans même avoir une répercussion patrimoniale, le préjudice esthétique peut rendre la vie plus pénible et moins agréable à des degrés divers. Une cicatrice, par exemple, si elle détourne une femme des stations balnéaires, peut aussi, quand elle affecte le visage, être une entrave à tout projet matrimonial. Les éléments à considérer pour l'évaluation du préjudice esthétique sont variés : âge, sexe, aspect physique extérieur, situation familiale, condition sociale, profession. Le préjudice doit également être évalué en fonction des possibilités de traitement chirurgical, selon que celui-ci présente ou non un risque appréciable.

Cf. aussi TERCIER, Le tort moral, pp. 45-46.

(172) TERCIER, Le tort moral, pp. 249-257.

(173) DESCHENAUX et TERCIER, p. 91.

(174) DESCHENAUX et TERCIER, pp. 91-92 : N'importe quel « bobo » ne suffit pas ; il faut une atteinte dépassant la mesure de ce qu'une personne doit normalement supporter. Cette exigence est réalisée s'il y a atteinte durable à l'intégrité corporelle ; on peut y assimiler certaines atteintes passagères lorsque les conséquences en sont comparables en raison de l'importance ou de la durée des souffrances.

Voir aussi RO 86 II 251 = JdT 1961 I 106 ; RO 89 II 396 = JdT 1964 I 451 ; RSJ 67, 1971, p. 338.

— la gravité de la faute du défendeur;
— la personnalité de la victime;
— divers éléments tels les sentiments de déchéance et d'humiliation qu'entraîne une infirmité (176), la compromission des chances de remariage (177), la privation de certaines joies (178).

G) La réparation du tort moral n'est en définitive qu'un pis-aller

Il est impossible de réparer réellement un tort moral en raison de la nature particulière de ce préjudice (179). Dans le domaine psychologique, dans celui des douleurs physiques et morales qui échappent par leur nature à toute estimation une prestation quelconque n'est pas de nature à réparer le dommage ou à protéger les valeurs essentielles (180).

Pour la majorité de la doctrine et pour le TF, la réparation du tort moral a une fonction essentiellement civile: son but n'est pas avant tout de punir le défendeur, mais de venir en aide à la victime (181). Certains auteurs en revanche continuent à soutenir qu'il ne faut pas « minimiser le caractère pénal de la réparation du tort moral sous prétexte que notre système juridique, fondé sur une nette séparation entre les plans civil et pénal, s'y oppose ». La possibilité de punir le responsable du préjudice joue, à côté de la fonction réparatrice, un rôle important (182). Qu'on le veuille ou non, la motivation profonde de la réparation du tort moral relève de la peine privée (183). Le versement d'une somme d'argent a aussi pour but «d'assouvir un certain désir de vengeance inné à tout homme» (184).

Section 8. Les facteurs de réduction de l'indemnité (185)

En dehors des cas où une peine conventionnelle a été fixée, le montant du dommage représente le chiffre maximum que pourront atteindre les dommages-

(175) RSJ 61, 1965, p. 59.
(176) RO 89 II 56 = JdT 1963 I 405.
(177) SJ 1960, p. 481.
(178) RSJ 61, 1965, pp. 59 et 68, 1972, p. 311.
(179) DESCHENAUX et TERCIER, p. 88; TERCIER, Le tort moral, p. 102.
(180) GROSSEN, op.cit., dans RDS 79, 1960, II, pp. 1 et 37a; VON TUHR, pp. 105 et 108; CUENDET, p. 75.
(181) DESCHENAUX et TERCIER, p. 88; VON TUHR, p. 106; ENGEL, p. 354; RO 74 II 202 = JdT 1949 I 516.
(182) OFTINGER, I, pp. 257 ss.; VON BUEREN, pp. 86 et 278; GILLIARD, Rapport, pp. 252-257; ENGEL, p. 355; STARK, p. 78; GROSSEN, op.cit., p. 37a; TERCIER, Le tort moral, p. 108; RO 58 II 213 = JdT 1932 I 485.
(183) ENGEL, p. 354.
(184) Cf., supra, note 22; voir aussi OFTINGER, I, p. 257, note 12 (avec les références citées par l'auteur).
(185) Concernant les facteurs de réduction de l'indemnité, consulter notamment DESCHENAUX et TERCIER, pp. 236 ss.; OFTINGER, I, pp. 232 ss., ainsi que la bibliographie citée par ces auteurs. Voir également KELLER, pp. 93 ss.

intérêts. La réparation doit placer le lésé dans la situation qui était la sienne avant l'atteinte; elle ne doit pas l'enrichir (186).

Cependant, la réparation ne sera pas toujours égale au préjudice; diverses circonstances peuvent justifier une réduction de l'indemnité par le juge et modifier par conséquent la répartition du fardeau de la réparation entre le lésé et le défendeur. On appelle *facteurs de réduction* ces circonstances qui sont énoncées aux art. 43, al. 1, et 44 CO (187):

— la légèreté de la faute;
— la faute ou le fait concomitant du lésé;
— le consentement de la victime;
— la faute ou le fait d'un tiers;
— les autres circonstances laissées à l'appréciation du juge, notamment les considérations socio-économiques.

A) La légèreté de la faute

Selon l'art. 43, al. 1, CO, le juge peut réduire l'indemnité accordée au lésé ou à ses proches quand la faute de l'auteur du dommage est légère, ceci uniquement dans le cadre de la responsabilité subjective (188), et dans celui de la responsabilité objective à raison d'un devoir de surveillance.

D'une manière générale, le débiteur répond de toute faute, lourde ou légère (189); en matière contractuelle, la gravité particulière de la faute n'est pas une condition de la réparation du dommage (190). Toutefois, comme nous l'avons déjà vu (191), la responsabilité du débiteur est plus ou moins étendue selon la nature particulière de l'affaire.

La ratio de l'art. 43, al. 1, CO, est qu'il doit exister une certaine proportionnalité entre la gravité de la faute et l'étendue de l'obligation de réparer le dommage (192). Une faute légère ne saurait avoir juridiquement des conséquences aussi importantes qu'une faute lourde (193).

(186) DESCHENAUX et TERCIER, p. 236; ENGEL, p. 343.
Il faut noter que la limitation de certains chiffres par le contrat d'assurance du défendeur ne profite qu'à sa compagnie et non à l'auteur du dommage.

(187) TERCIER, Le tort moral, p. 201; OFTINGER, I, p. 235.

(188) THILO, p. 39; VON TUHR, pp. 87 et 499; TERCIER, Le tort moral, p. 261; RO 81 II 512 = JdT 1956 I 237.
Remarquons que la jurisprudence est assez flottante; il est rare que le juge réduise l'indemnité pour le seul motif de la légèreté de la faute de l'auteur du dommage.
SAVATIER, Traité, p. 302, estime que le juge doit tenir compte de la légèreté de la faute du médecin et réduire de ce fait les dommages-intérêts.

(189) Cf. art. 99, al. 1, CO. Voir également ENGEL, pp. 481-482.

(190) SJ 1964, pp. 529 ss.

(191) Cf., supra, chap. VII. section 9.

(192) DESCHENAUX et TERCIER, p. 238; OFTINGER, I, pp. 235 ss.; ENGEL, p. 345.
RO 32 II 435; RO 38 II 478; RO 52 II 456 ss.; RO 53 II 429 ss. = JdT 1928 I 586; RO 59 II 364 ss. = SJ 1934, pp. 193 ss.; RO 82 II 25; RO 89 I 483.

(193) RO 53 II 429 = JdT 1928 I 586; RO 81 II 512 = JdT 1956 I 237; RO 92 II 234 = JdT 1967 I 241.
L'art. 43, al. 1, CO ne consacre pas en fait une répartition proportionnelle au degré de la faute; la règle générale demeure la réparation intégrale.

Quand une faute très légère cause un dommage considérable, on peut admettre qu'il y a une part de cas fortuit qui doit rester à la charge du lésé car, logiquement, en l'absence de toute faute du responsable apparent du préjudice, la victime supporterait la totalité du dommage (194).

La situation est identique lorsque la relation de causalité entre l'acte fautif et le dommage est relativement éloignée. Ces deux éléments — légèreté de la faute et faible intensité du rapport de causalité — vont d'ailleurs de pair sans toutefois se confondre.

B) **La faute ou le fait concomitant du lésé** (195)

1) *Généralités*

On parle de faute concurrente ou concomitante du lésé quand le comportement de ce dernier eût été imputé à faute s'il avait causé un dommage à une autre personne (à un tiers) qu'à lui-même. Ainsi, des faits dont la partie lésée est responsable, ont contribué à créer ou à aggraver le dommage si bien que le préjudice final résulte autant de la faute de l'auteur de l'acte — ici le médecin — que de l'attitude de la victime — le patient.

La faute du lésé peut entraîner le rejet de l'action en réparation quand elle est prépondérante, donc nettement plus lourde que celle du défendeur, ou quand elle est si grave qu'elle interrompt le rapport de causalité adéquate entre l'acte de l'auteur et le dommage qui en résulte apparemment (196).

Lorsque la faute concurrente n'atteint pas ce degré, le juge peut simplement réduire l'indemnité si cette faute a contribué à créer ou à augmenter le dommage. L'idée est qu'il faut comparer la gravité des deux fautes, faire une balance et que le lésé doit supporter la partie du dommage qui correspond au rôle de sa faute ou de son fait dans la surveillance d'un préjudice (197).

La faute concurrente peut survenir avant (198), pendant (199) ou après (200) l'acte illicite et la naissance du dommage.

(194) ENGEL, p. 344; THILO, p. 39; VON TUHR, pp. 87 et 499 ainsi que la jurisprudence citée par ces auteurs.

Cf. aussi, supra, note 103, chap. VII.

(195) Cf. art. 44, al. 1, CO.

DESCHENAUX et TERCIER, p. 66; OFTINGER, I, pp. 137, 139, 263; VON TUHR, p. 499, ainsi que la jurisprudence figurant dans ces ouvrages.

(196) DESCHENAUX et TERCIER, pp. 65-66 ainsi que l'abondante jurisprudence citée par les deux auteurs qui montre que le TF a souvent été assez large pour exonérer le défendeur.

OFTINGER, p. 137; TERCIER, Le tort moral, pp. 203, 263; VON TUHR, p. 499; VON BUEREN, p. 278.

La réduction est possible même si la faute de l'auteur du dommage est grave (RO 61 II 228 = JdT 1936 I 84).

(197) TERCIER, Le tort moral, p. 263; VON TUHR, p. 499.

(198) Par exemple, le patient a donné au médecin une anamnèse incomplète ou inexacte, ce qui a induit le praticien en erreur dans sa thérapeutique et a ainsi causé un dommage au malade. La faute du lésé contribue ici à causer un dommage.

(199) OFTINGER, I, p. 138; RO 56 II p. 371 = SJ 1931, p. 65.

Le mot *faute* ne doit pas ici être pris au sens technique du terme (201). La faute concurrente n'est pas la violation d'un devoir envers autrui, mais une attitude imprudente que tout homme raisonnable aurait dû et pu éviter dans son propre intérêt (202). Cette attitude imposée au lésé ne constitue pas une véritable obligation: «On parle souvent inexactement de devoirs alors que la loi fait d'un acte la condition de l'acquisition ou de la perte d'un droit». L'omission de ce «devoir» n'entraîne pas les conséquences ordinaires de l'inexécution d'une obligation ou de sa mauvaise exécution. Une partie n'a aucune action pour contraindre l'autre à ces actes; celle qui les omet n'est pas tenue à des dommages-intérêts. L'inobservation de cette attitude constituera seulement un des éléments qui font perdre totalement ou partiellement le droit de la victime à une indemnité due par l'auteur du dommage parce que la condition de la naissance ou du maintien de ce droit ne s'est pas réalisée (203). «Toutefois, dans la pratique, obligation et attitude imposées au lésé s'il veut conserver ses droits se ressemblent quand on doit rechercher si l'omission constitue une faute; dans les deux cas, l'omission entraîne un désavantage juridique» (204).

2) *Insuffisance des mesures prises par le lésé* (art. 42, al. 2, CO)

Il y a aussi faute concurrente quand le lésé n'a pas pris les mesures adéquates requises, les précautions d'usage, afin de diminuer autant que possible les conséquences dommageables d'un acte de l'autre partie; la victime n'a pas réagi de la manière la plus propice. «Le lésé doit prendre les mesures que prendrait toute personne normale dans cette circonstance: téléphoner aux pompiers lors d'un incendie est une précaution élémentaire (205).»

Mais il ne faut pas apprécier trop sévèrement le comportement de la victime qui peut être affolée et perdre la tête: c'est un élément que l'auteur du

(200) VON BUEREN, p. 61; VON TUHR, p. 93; OFTINGER, p. 138.

RO 57 II 61 ss. = SJ 1931, p. 241: le lésé n'a pas pris les mesures nécessaires, commandées par les circonstances, pour atténuer les effets de l'acte dommageable ou pour limiter le préjudice; il a refusé de se soumettre à une opération propre à diminuer son mal ou son infirmité, alors que celle-ci est sans danger, qu'elle ne cause pas de souffrances notables, qu'elle permet d'escompter avec certitude une amélioration sensible de l'état de la victime et que le responsable en avance les frais. Cf. aussi RO 38 II 235 = JdT 1913 I 98; RO 61 II 133.

Le mal, minime au début, s'aggrave parce que le patient n'a pas suivi les prescriptions du médecin ou qu'il a absorbé un remède toxique à des doses trop fortes, malgré les recommandations du praticien qui a attiré l'attention de son patient sur les conséquences d'un tel excès.

(201) VON TUHR, p. 90; OFTINGER, I, p. 138; CUENDET, p. 130.

(202) La victime du préjudice «se lèse elle-même en quelque sorte» (ENGEL, p. 344; VON TUHR, p. 90).

(203) VON TUHR, p. 9.

(204) Ibid.

(205) Selon OSER et SCHOENENBERGER, note 5, ad art. 44 et BECKER, note 2, ad art. 44 CO, il n'y a pas d'obligation juridique de se préserver d'un dommage (voir aussi VON TUHR, p. 90). Cependant, le lésé ne doit pas rester les bras croisés devant un dommage qui le menace ou qui lui est survenu (BECKER, note 5, ad art. 44 et notes 35 ss., ad art. 99).

VON BUEREN, p. 60, relève: il existe un devoir de ne pas s'exposer sans nécessité à des dommages, et même plus, de prendre mes mesures appropriées en présence d'un dommage menaçant.

dommage doit supporter puisque c'est lui qui a mis la victime dans cet état. Le défendeur serait finalement malvenu de le lui reprocher. Mentionnons enfin que le lésé est tenu de prendre des mesures raisonnables et non pas celles qui seraient dangereuses pour sa vie ou sa santé (206).

3) *Les obligations du patient dans le contrat de soins* (207)

a) **Le patient doit donner au médecin une anamnèse exacte et sans réticence.** Si le malade, interrogé avec précision sur son état et sur les traitements suivis antérieurement, fournit des renseignements erronés ou cache des informations importantes au praticien, le médecin sera partiellement ou totalement exonéré de sa responsabilité en cas de dommage (208).

b) En outre, le patient qui a été informé sur son état et sur les moyens de l'améliorer et qui a accepté les soins, **a l'obligation de se soumettre au traitement préconisé et de suivre les prescriptions du médecin** (posologie, prise des remèdes aux heures fixées, etc.).A ces deux conditions seulement, le médecin peut remplir ses propres obligations (209); le contrat de soins est un contrat synallagmatique qui suppose la collaboration du patient et du médecin pour la cure. En outre, le praticien peut cesser son concours quand un malade refuse d'exécuter ses prescriptions (210).

Certaines décisions judiciaires ont été même jusqu'à «accorder reconventionnellement des dommages-intérêts au médecin défendeur à raison du préjudice moral qu'avait causé à son honneur professionnel et à sa réputation l'interruption du traitement entrepris, interruption dont il lui était fait grief par action principale» (211).

Notons enfin que la consommation médicamenteuse accrue a favorisé l'autoprescription et les initiatives intempestives et fautives des malades ou de leurs proches. C'est également une circonstance susceptible de paralyser la mise en jeu de la responsabilité du praticien (212).

(206) ENGEL, pp. 344-345.

(207) Suivre les prescriptions du médecin et lui donner une anamnèse exacte et sans réticence ne sont pas de véritables obligations car leur omission n'entraîne pas les conséquences ordinaires de la violation d'une obligation, mais la perte éventuelle d'un droit à une réparation en cas de préjudice.

(208) SAVATIER, Traité, p. 270; BRUNHES, pp. 72-73. Ce dernier auteur remarque cependant que lorsque des renseignements importants n'ont pas été fournis au praticien par le malade, c'est souvent à lui-même que l'homme de l'art doit s'en prendre, car c'est lui, en sa qualité de médecin, qui conduit l'interrogatoire.

Voir aussi Cass. civ., 21 février 1967, Bull. 67, I, N° 74, p. 55; Lyon, 7 janvier 1952, D. 1952,97.

(209) SAVATIER, pp. 269-270; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 396.

(210) Ibid., N° 397. KORNPROBST, rappelle ici l'«exceptio non adimpleti contractus». ENGEL, p. 15; PHARAON, p. 102.

(211) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 398.

(212) BRUNHES, p. 16.

Voir aussi R. HOIGNE, «Qui est responsable des dommages causés par les médicaments?» dans Bull. des Médecins suisses, N° 13, du 27 mars 1974, p. 489: «Le patient doit savoir quels médi-

4) *La prédisposition*

Il ne faut pas prendre en considération seulement la faute du lésé, mais aussi certains faits ou circonstances concomitants touchant la personne du lésé qui doit en supporter les circonstances; ces faits ont contribué à créer ou à augmenter le dommage et ont aggravé la situation du débiteur qui n'a pas à répondre de cet état de choses (213).

Le dommage subi peut être dû — totalement ou partiellement — à des prédispositions physiologiques de la victime (maladie de cœur préexistante, hémophilie) ou à des troubles psychiques, bref à des faiblesses du patient antérieures à l'intervention du médecin (214). «En matière de responsabilité civile, on entend par prédisposition de l'organisme humain un penchant à contracter des lésions ou à réagir de manière anormale à certaines lésions. Si l'on considère les dernières conséquences d'un accident, c'est-à-dire le dommage, la prédisposition constitue une cause concurrente et un cas fortuit. En principe, l'auteur du dommage n'en répond pas. D'où il suit (...) qu'il faut réduire les dommages-intérêts proportionnellement à l'importance du rôle joué par la cause concurrente (215).» La prédisposition, si elle ne diminue pas le dommage, peut toutefois écarter la faute même du médecin. Dans le cas de prédisposition, le praticien ne dégagera néanmoins sa responsabilité que lorsqu'il lui était impossible de prévoir la réaction spécifique à l'état de son patient ou de mettre en évidence une prédisposition grâce à un examen préalable. On ne peut cependant reprocher à un médecin de ne pas avoir décelé à l'avance chez son patient des réactions parfaitement imprévisibles du tempérament, des allergies, des hypersensibilités (216).

C) **Le consentement de la victime**

1) Généralement, le consentement du lésé ôte à un acte dommageable son caractère illicite en vertu de l'adage «volenti non fit injuria» (217). Aussi l'art. 44, al. 1, CO permet-il au juge de réduire les dommages-intérêts ou même de n'en point allouer lorsque la victime a consenti à la lésion.

caments ont déjà provoqué chez lui des effets secondaires... Beaucoup de patients sont si négligents ou oublieux qu'ils sont capables de reprendre un médicament qui leur avait causé précédemment de graves effets secondaires; dans ce cas, on ne saurait évidemment accuser le médecin.»

Cf. encore «Un tiers des malades ne suivent pas les instructions des médecins», dans Médecine et Hygiène, N° 1143, du 9 avril 1975, p. 589.

G. GROSS et M. CASTHELAZ, «Les malades se conforment-ils aux prescriptions de leur médecin?», dans Médecine et Hygiène, N° 1187, du 24 mars 1976, pp. 439-440.

(213) OFTINGER, p. 249; CUENDET, p. 134.

(214) Cf., infra, note 216.

(215) RO 80 II 348 = JdT 1955 I 439.

(216) CUENDET, p. 246; OFTINGER, I, pp. 85-87; KELLER, pp. 53-54; GIOVANONI, pp. 274, 277; CHATELAIN, p. 218.

RO 31 II 227 (prédisposition à une hernie); RO 57 II 47 = JdT 1931 I 333; RO 72 II 255 = JdT 1947 I 202; RO 66 II 160 = JdT 1941 1941 I 143 (allergie à un médicament courant); RO 80 II 348 = rés. JdT 1955 I 439.

SAVATIER, Traité, p. 300; BOYER CHAMMARD, pp. 122 et 161.

(217) PHARAON, p. 108.

Il faut toutefois rappeler (218) que le consentement est nul s'il est contraire aux mœurs ou à l'ordre public (art. 20 CO), c'est-à-dire s'il porte sur des biens juridiques auxquels nul ne peut renoncer ou, a fortiori, s'il concerne un acte délictueux du point de vue pénal. En outre, malgré l'assentiment de la victime, l'atteinte à l'intégrité corporelle reste illicite si elle n'est pas justifiée par un but raisonnable, un but thérapeutique, par exemple (219).

Ainsi, lorsque le lésé a consenti à un acte illicite, la réparation est due, mais pas toujours *toute* la réparation, ce qui serait choquant. Le juge peut mettre l'auteur du dommage au bénéfice de l'art. 44, al. 1, CO et réduire l'indemnité (220).

2) Doctrine et jurisprudence ont en outre rapproché le consentement du lésé de *l'acceptation du risque* comme cause de réduction de l'indemnité, cette acceptation pouvant être considérée comme une faute de la victime, comme une attitude qui, à elle seule, a provoqué le dommage et a rompu le lien de causalité. «Celui qui s'expose consciemment à un danger excédant la mesure ordinaire assume au moins en partie le risque de l'accident (221).» Il n'est pas impossible de concevoir l'idée d'une responsabilité partagée entre le médecin et le malade lui-même: certes, l'adhésion du malade ne peut lui être reprochée quand elle ne reflète que sa confiance et son ignorance. «Toutefois, le consentement du patient peut apparaître autrement éclairé quand il a pris la forme d'une insistance telle auprès du médecin que ce dernier n'a cédé qu'à une imploration de tout tenter, quels qu'en soient les risques (222).»

D) **La faute ou le fait d'un tiers** (223)

En principe, la faute d'un tiers n'exonère pas l'auteur du dommage: en d'autres termes, la responsabilité du débiteur n'est pas diminuée du fait qu'une autre personne est également responsable du même préjudice (224). Lorsqu'un tiers a participé à la violation d'une obligation contractuelle, c'est sa responsabilité délictuelle qui est engagée.

La victime peut rechercher, pour la réparation de tout dommage, quiconque lui a porté préjudice «pourvu que l'acte de chacun entre dans le rapport de causalité adéquat avec le dommage». Chaque auteur répond en principe pour le

(218) Cf., supra, section 2, litt. C, chapitre III.

(219) Cf., infra, 4e partie de la thèse sur les conditions de licéité d'un acte médical normal.

(220) VON TUHR, p. 333; ENGEL, p. 332; OFTINGER, I, p. 116, note 28; RO 79 II 66; SJ 1946, p. 193.

(221) RO 46 II 154 = JdT 1920 I 516; RO 85 IV 101 = JdT 1959 IV 88; SJ 1946, pp. 193 ss.; RO 91 II 218 = SJ 1966, p. 81.

«Celui qui prend part à un jeu en plein air, ou qui pratique un sport, accepte de courir les risques inhérents à l'exercice auquel il se livre, mais non les conséquences d'une infraction aux règles du jeu par un autre joueur.» (SJ 1939, pp. 471 ss.; RO 42 II 44)

(222) KORNPROBST, Le contrat de soins, No 232.

(223) Cf. sur ce point OFTINGER, I, pp. 81, 295 et 303; KELLER, p. 99; GILLIARD, Rapport, pp. 263 ss.

(224) DESCHENAUX et TERCIER, p. 66; CUENDET, p. 139; OFTINGER, I, pp. 249 ss. et 270; RO 89 II 118 = SJ 1964, p. 4.

tout à l'égard du lésé; les auteurs sont donc tenus solidairement (225) envers la victime quitte à exercer entre eux les actions récursoires aménagées par la loi (art. 50 et 51 CO). Ainsi, la faute d'un tiers n'est pas un facteur de réduction sauf dans les deux cas suivants (226):

— La responsabilité de l'auteur apparent de l'acte est exclue si la faute d'un tiers est prépondérante au point qu'elle interrompe complètement le rapport de causalité entre l'acte du défendeur et le dommage et qu'elle soit ainsi en réalité la seule cause adéquate du préjudice (227).

— La responsabilité de l'auteur est diminuée et l'indemnité peut être réduite quand la faute du tiers est telle qu'elle fait apparaître celle du défendeur comme légère (228). La faute du tiers peut avoir exercé une influence sur la faute de la personne recherchée: l'écart de conduite de l'auteur a en somme été provoqué ou influencé par la faute antérieure ou simultanée du tiers, ce qui fait apparaître la faute du défendeur comme légère (229).

La jurisprudence s'est montrée rigoureuse à cet égard; rares sont les cas dans lesquels elle a admis que la faute d'un tiers puisse interrompre le rapport de causalité «dans le but évident d'assurer la protection du lésé en ne rendant pas illusoire le principe de la responsabilité solidaire de plusieurs débiteurs» (230). En définitive, s'il existe une réduction de l'indemnité dans ces cas, ce n'est pas tant en raison de la faute du tiers qu'à cause de la rupture du lien de causalité ou de la légèreté de la faute de l'auteur.

E) Les circonstances spéciales de l'art. 43, al. 1, CO

Il est impossible d'énumérer toutes les circonstances qui, au sens de l'art. 43, al. 1, CO, justifient en équité une réduction de l'indemnité due par le défendeur; la ratio de cet article est naturellement d'accorder au juge un large pouvoir d'appréciation devant l'infinie variété des situations qui peuvent se présenter (231).

(225) Que la solidarité soit parfaite au sens de l'art. 50 CO ou imparfaite au sens de l'art. 51 CO.

(226) CUENDET, p. 139; OFTINGER, I, p. 295; KELLER, p. 99; DESCHENAUX et TERCIER, pp. 66, 237-238; ENGEL, p. 346.
RO 41 II 223; RO 93 II 322.

(227) Ibid. Voir aussi RO 87 II 301 = JdT 1962 I 398.

(228) OFTINGER, I, pp. 250 ss.; KELLER, p. 100; CUENDET, p. 41, ainsi que la jurisprudence citée par ces auteurs.

(229) RO 59 II 37 ss. = JdT 1934 I 515: Une physiothérapeute avait commis une faute professionnelle dans le traitement d'un malade; le TF a estimé que sa faute était légère du fait que le père de l'enfant en traitement — tiers à l'égard de la défenderesse — n'avait pas complètement informé celle-ci. Cf. aussi RO 59 II 364 ss. = SJ 1934, pp. 191 ss.
A notre avis, le chirurgien qui n'informe pas l'anesthésiste avant l'opération que son patient a mangé ou qui, plus est, certifie même à tort à son confrère qu'il est à jeûn, commet une faute concurrente qui diminue sinon supprime la responsabilité de l'anesthésiste en cas de régurgitation.

(230) DESCHENAUX et TERCIER, p. 66; CUENDET, p. 142; RO 93 II 317 = JdT 1969 I 143.

(231) CUENDET, p. 245; DESCHENAUX et TERCIER, p. 242; OFTINGER, I, pp. 233 ss.

1) *La complaisance et la faible rémunération*

Le fait que l'auteur de l'acte illicite ait agi dans l'intérêt du lésé (par pure complaisance à son endroit, pour lui rendre service) ou que l'auteur n'ait retiré de l'affaire qu'un profit minime, une faible rémunération sans rapport avec l'étendue du dommage causé, peut justifier une réduction de l'indemnité. Le juge doit cependant user ici avec prudence de sa liberté d'appréciation (232).

2) *Situation économique de l'auteur du dommage*

Le juge peut réduire l'indemnité accordée au lésé lorsque la réparation intégrale du dommage exposerait le débiteur à la gêne. Le principe de l'art. 44, al. 2, CO est cependant assez restrictif; trois conditions doivent en effet être réunies pour qu'il puisse s'appliquer:

— le défendeur n'a commis qu'une faute légère (233);
— la réparation l'exposerait à la gêne (234);
— «le désir de ne pas commettre d'acte de dureté à l'égard du défendeur (ne doit pas) amener le juge à se montrer dur envers le demandeur» (235).

3) *Le cas fortuit ou la cause concurrente*

Rappelons qu'on entend par cas fortuit tout événement qui contribue à la survenance d'un dommage et qui se produit sans intervention de la volonté humaine. Ainsi, le cas fortuit atténue l'intensité du rapport de causalité adéquate sans toutefois l'interrompre: la responsabilité de l'auteur reste engagée; cependant, le cas fortuit peut être une «circonstance» dont le juge peut tenir compte, en vertu de l'art. 43, al. 1, CO, pour réduire l'indemnité s'il lui paraît inéquitable de faire supporter au défendeur la totalité du dommage (236).

Normalement, le cas fortuit interrompt le rapport de cause à effet et il n'y aura donc pas réduction de l'indemnité mais tout simplement absence de responsabilité. Il peut arriver toutefois que le cas fortuit aggrave simplement les conséquences de la faute du responsable et justifie dès lors une réduction des dommages-intérêts.

(232) Ibid.
Voir aussi ENGEL, p. 482.
Un automobiliste charge un auto-stoppeur, puis est victime d'un accident de la circulation (RO 52 II 451 = JdT 1927 I 199; RO 59 II 461 = JdT 1934 I 402).
Cf. encore RO 64 II 254 = JdT 1939 I 42; RO 89 I 483.
(233) RO 80 II 247 ss. = SJ 1955, p. 389.
(234) VON TUHR, p. 499; CUENDET, pp. 139-140; GILLIARD, Rapport, p. 199, note 2; ENGEL, p. 345 ainsi que la jurisprudence citée par ces auteurs.
(235) RO 49 II 439 = JdT 1924 I 112.
(236) DESCHENAUX et TERCIER, pp. 240-241; ENGEL, pp. 345 et 487; RO 89 I 483.

Chapitre IX

L'action en réparation

Section 1. La qualité pour agir

L'action en responsabilité contractuelle ou délictuelle tend à la réparation du dommage (1). Dans le domaine du contrat de soins, la qualité pour agir appartient en première ligne au lésé (donc au patient qui est demandeur), directement atteint par l'acte médical incriminé. Nous avons déjà vu que si cet acte entraîne la mort de la victime, cette qualité passe à ses proches : l'art. 45, al. 3, CO confère, en cas de mort d'homme, une action en dommages-intérêts aux personnes ainsi privées de leur soutien (2). En outre, l'art. 47 CO donne également à la famille (3) le droit à une réparation morale en cas de décès de la victime.

Section 2. Le for

Les art. 41 ss. CO ne contiennent aucune règle sur le for. « Celui-ci est (donc) régi en principe par l'art. 59, al. 1, CF, aux termes duquel le débiteur solvable ayant domicile en Suisse doit être recherché devant le juge de son domicile (4) ». Les exceptions à cette règle sont nombreuses (5), mais il n'est pas dans notre propos de les examiner ici.

Si le défendeur est appelé en dehors de son lieu de domicile, il peut soulever le déclinatoire ; en procédure civile vaudoise, il le fait par la voie incidente (6).

(1) Cf. notamment ENGEL, p. 475.

Sur le concours d'actions contractuelle et délictuelle, voir ENGEL, pp. 508-511 ; LOEFFLER, pp. 21-26 ; THILO, pp. 13, 14 et 28 ; PACHE, pp. 44, 65, 111-113 ; CUENDET, pp. 163-200, 212-220 ; TERCIER, Le tort moral, p. 129 ; GAUTSCHI, pp. 58, 391, 395-397 ; VON TUHR, pp. 506-508 ; cf. également BRUNHES, pp. 28-29.

(2) Cf., supra, section 4, chapitre VIII.

(3) Cf., supra, section 7, chapitre VIII.

Sur la notion de famille, cf., supra, notes 163-167, chapitre VIII.

(4) GILLIARD, Rapport, p. 218.

(5) Ibid.

(6) Cf. art. 56-61 CPC vaudois.

L'application de l'art. 60, al. 2, CO ne suppose pas qu'une poursuite pénale ait été engagée, voire une plainte déposée — lorsqu'un délit ne se poursuit que sur plainte — ni à plus forte raison qu'une condamnation ait été prononcée. Il suffit que les dommages-intérêts dérivent d'un acte punissable et que le délai de prescription de l'action pénale soit plus long que celui de l'action civile.

Il faut donc, pour appliquer l'art. 60, al. 2, CO que l'acte comme tel soit *objectivement* punissable (crime, délit ou contravention) et puisse être attribué à son auteur; il n'est pas nécessaire que ce dernier soit subjectivement punissable.

Dès lors, un acquittement ou un non-lieu ne saurait empêcher l'application d'un délai de prescription pénale à la prétention en dommages-intérêts que si l'acte est objectivement non punissable. Si la libération résulte d'autres motifs, par exemple faute de preuve de culpabilité ou de punissabilité du prévenu, le juge civil examinera librement si l'acte dommageable est objectivement punissable. Un non-lieu de l'autorité d'instruction ou de renvoi ne lie donc pas le juge civil, lorsque cette autorité n'a pas statué sur la punissabilité objective de l'acte. En revanche, le non-lieu de l'autorité pénale qui considère l'acte dommageable objectivement non punissable met fin à l'action, de sorte que ce prononcé lie le juge civil.

L'art. 60, al. 2, CO ne vise que le point de départ et la durée du délai et, pour le surplus, les règles du droit civil s'appliquent, notamment celles qui régissent l'interruption de la prescription (art. 135 ss. CO).

L'art. 59 CF n'a qu'une force intercantonale. Il ne détermine pas le juge compétent dans le canton de domicile des débiteurs recherchés (7). Les art. 51-55 du Code de procédure civile vaudois disposent que « ... toute action est intentée devant le juge du domicile du défendeur ou de l'un des défendeurs, au choix du demandeur, si ce domicile est dans le canton » (8).

Section 3. La prescription (9)

A) L'art. 60 CO

L'action en réparation d'un acte illicite, qu'elle tende à une indemnité destinée à compenser un préjudice matériel ou à des dommages-intérêts pour tort moral, se prescrit (10):

a) par un an (11) à partir du jour où la partie lésée a eu connaissance du dommage (12), ainsi que de la personne qui en est l'auteur;

(7) JdT 1943 I 414.

(8) L'art. 53, ch. 5, CPCV prévoit ce qui suit: « En matière d'indemnité résultant d'un acte illicite, l'action peut être intentée au lieu où s'est produit le fait dommageable. »

(9) Cf. THILO, Resp. du médecin, pp. 40-41; ENGEL, pp. 535-543; THELIN, p. 19.

(10) GILLIARD, Rapport, p. 225; VON TUHR, pp. 346-347.

(11) Le Prof. GILLIARD (Rapport, p. 233) estime, à juste titre, que le délai d'un an est nettement trop bref.

(12) Le dommage est connu, au sens de l'art. 60, déjà avant qu'il puisse être évalué exactement en chiffres, dès que le lésé se rend compte qu'il subit un préjudice pouvant justifier une action

b) dans tous les cas par dix ans dès le jour où le fait dommageable s'est produit (13).

Cependant, l'art. 60, al. 2, CO précise que si les dommages-intérêts dérivent d'un acte punissable soumis par les lois pénales à une prescription de plus longue durée que celle de l'art. 60, al. 1, CO, la prescription pénale s'applique à l'action civile (14).

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (15), l'art. 60, al. 2, CO a pour but d'étendre la possibilité du lésé d'agir sur le plan civil contre l'auteur d'une infraction pénale. Cette disposition repose sur l'idée qu'il serait illogique que le lésé perde ses droits contre l'auteur responsable aussi longtemps que ce dernier demeure exposé à une poursuite pénale, généralement plus lourde de conséquences pour lui.Mentionnons encore, pour mémoire, que si l'acte illicite constitue en même temps un délit (16), le lésé peut prendre des conclusions civiles devant les tribunaux pénaux.

B) L'art. 127 CO

En matière contractuelle, l'action en responsabilité se prescrit généralement par dix ans, sous réserve d'exceptions, notamment celles prévues à l'art. 128 CO (17); la prescription court dès que la créance est devenue exigible (18).

Section 4. Le fardeau de la preuve

A) Généralités

«Le fardeau de la preuve peut être considéré comme le risque, que supporte la partie à qui il incombe, de perdre son procès si elle ne peut rapporter la

en justice. Toutefois, il faut la conscience d'un dommage; celle de l'acte dommageable à elle seule ne suffit pas (RO 62 II 149; RO 96 II 34 = JdT 1971 I 58).

CUENDET, p. 200; VON TUHR, p. 347; GILLIARD, Rapport, pp. 233-234 ainsi que la jurisprudence citée par l'auteur.

Cf. aussi, supra, note 4, chapitre VIII.

(13) A côté de la prescription annale, le code a donc prévu une prescription décennale subsidiaire absolue.

(14) Cf., notamment, RO 49 II 359 = JdT 1924 I 11; RO 55 II 25 = JdT 1929 I 359; RO 77 II 319 = JdT 1952 I 466, rés.; RO 96 II 39 = JdT 1971 I 58.

(15) Voir, entre autres, JdT 1932 I 579; RO 77 II 317 = JdT 1952 I 466 rés.; RO 91 II 432 = JdT 1966 I 446 rés.; RO 93 II 501 = JdT 1969 I 464; RO 96 II 39 = JdT 1971 I 58 rés.; RO 100 II 335 = JdT 1975 I 280; RO 101 II 321 = JdT 1976 I 285.

(16) Sur la relation entre le droit pénal et le droit civil, voir entre autres THELIN, p. 50; THILO, pp. 40-41; PACHE, p. 66.

En France, le lésé recourt souvent, en matière de responsabilité médicale, à la voie pénale qui est plus rapide, plus efficace et moins chère. En outre, elle fournit à la victime des moyens de preuve meilleurs. Enfin, elle répond parfois à un sentiment vindicatif du patient qui entend «flétrir publiquement le médecin» (PHARAON, pp. 76-79; BRUNHES, pp. 29 et 177; SAVATIER, Traité, pp. 311-317; LOMBARD, pp. 134-135; BOYER CHAMMARD, pp. 66-67, 107).

(17) THELIN, p. 19; ENGEL, pp. 542-543; CUENDET, pp. 199-200.

(18) CUENDET, p. 200; ENGEL, pp. 540-543.

preuve d'un fait qui a une importance juridique (19).» En matière de responsabilité contractuelle, ces faits sont au nombre de cinq (20):

— un contrat,
— un dommage,
— l'inexécution d'une obligation,
— un lien de causalité adéquate,
— une faute. (21)

Par qui doivent être prouvées ces cinq conditions requises par le CO? Le principe essentiel est le suivant: c'est à la partie qui invoque un fait en sa faveur de le prouver. L'art. 8 CC mentionne que «chaque partie doit, si la loi ne prescrit pas le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit» (22). Il n'est cependant pas possible de résoudre abstraitement le problème du fardeau de la preuve. Les situations qui peuvent se présenter sont infinies. «Le juge n'est pas un théoricien; il a pour tâche de juger et l'idée qu'il lui faut souvent pour cela se contenter de probabilités suffisantes estompe les règles que l'on peut poser (23).» Il semble ainsi qu'on en arrive souvent à une libre répartition du fardeau de la preuve selon l'appréciation du juge (24). Il y a tout de même deux adages importants (25):

— Actori incumbat probatio
— Reus in excipiendo fit actor.

Il existe encore certains principes pour le juge qui ne sont pas des règles juridiques, mais de simples indications de bon sens: «il faut toujours présumer le plus probable, le plus normal» et «c'est à celui des plaideurs qui est le mieux à même d'apporter une preuve qu'il faudra la réclamer» (26). Cependant, ces principes n'autorisent pas le magistrat à répartir l'onus probandi comme il l'entend et à renverser ainsi complètement la charge de la preuve; il doit s'en tenir à la loi. «Il faut certes prendre en considération la difficulté de la preuve: il ne serait pas juste d'imposer à une partie une preuve qu'elle n'aurait pratiquement pas la possibilité de rapporter... le plus souvent, les difficultés de preuve sont également grandes pour les deux parties, et il faut alors pouvoir déterminer laquelle des deux en a la charge (27).»

(19) CUENDET, pp. 144-145.
Voir aussi PACHE, p. 32; OFTINGER, I, p. 37.
(20) CUENDET, p. 145; PACHE, pp. 32 et 83; ENGEL, p. 475.
(21) En fait, on ne peut pas prouver la faute, mais simplement des actes ou abstentions et la non-conformité du comportement du responsable avec le comportement «normal»
(22) CUENDET, p. 145.
(23) CUENDET, p. 145; PACHE, p. 83.
THILO, p. 33, note que: «La preuve peut d'ailleurs découler d'indices constatés par les experts. La certitude de l'existence d'un fait... ne suppose pas nécessaire∆ent que tout autre éventualité soit exclue; lorsque la preuve directe ne peut être fournie, il suffit que le juge ait acquis la conviction que la plus grande vraisemblance parle en faveur du fait allégué par la partie à laquelle incombe le fardeau de la preuve et que, d'après l'expérience de la vie, une éventualité différente soit infiniment moins probable» (RO 45 II 97; RO 53 II 427 = JdT 1928 I 590; RO 57 II 209 = JdT 1932 I 83).
(24) CUENDET, p. 145.
(25) Ibid., p. 145; PACHE, p. 32, note 2.
(26) CUENDET, p. 145.
(27) CUENDET, pp. 145-146; LOMBARD, p. 61.

D'une façon générale, il suffit que le juge ait acquis la conviction que la plus grande vraisemblance parle en faveur du fait allégué par la partie à laquelle incombe le fardeau de la preuve et que, d'après l'expérience de la vie, une éventualité différente serait infiniment moins probable (28).

B) La preuve du contrat et de la qualité de créancier

Il appartient au créancier d'apporter la preuve de l'existence d'un contrat valable (29) et d'une obligation contractuelle à la charge du débiteur.

La plupart du temps, le demandeur n'aura aucune peine à fournir la preuve parce que la situation est claire: le patient, par exemple, qui prouve avoir été soigné par un praticien, établit normalement par là-même l'existence d'un contrat de mandat (30). En revanche, s'il y a doute sur l'existence même d'une obligation, celui qui veut se prévaloir du contrat doit rapporter la preuve de sa conclusion: il devra prouver l'accord de volontés des parties sur les éléments essentiels du contrat et, le cas échéant, le respect de la forme prescrite (31).

En outre, le créancier n'a pas à apporter la preuve du contenu du contrat proprement dit, c'est-à-dire des obligations qu'il impose: le juge déduit des éléments de fait qui ont été établis que tel contrat a été conclu; «il connaît le droit et l'applique» (32). Cela va de soi pour les contrats réglementés par le CO, mais il en va de même pour les contrats innommés; le TF a précisé, par exemple, quelles étaient pour le médecin les obligations découlant d'un contrat de soins (33).

C) La preuve de l'existence et de l'étendue du dommage

Cette preuve incombe également au créancier en vertu de l'art. 42, al. 1, CO (34); en outre, cet article pose, en principe, l'exigence de la preuve d'un dommage *concret* (35).

Toutefois, comme l'a dit le TF (36), «dans certains cas, du fait que tels actes sont de nature à causer un dommage, on est autorisé à conclure qu'ils l'ont effectivement causé». On en arrive à une sorte de présomption du dommage et c'est alors «à la partie défenderesse qu'il appartient de prouver l'existence de faits particuliers d'où l'on peut déduire que, contre toute attente, aucun dommage n'a été causé par l'acte incriminé» (37). Ainsi que le relève VON BUEREN (38), on facilite la preuve au demandeur, on lui donne une certaine aide, en ce sens qu'il

(28) Cf., supra, note 22.
Voir aussi ROSENSTIEL, op. cit., FJS N° 846, p. 7.
(29) CUENDET, pp. 4, 7, 20-21; PACHE, pp. 32-33.
(30) CUENDET, pp. 12 et 146.
(31) CUENDET, p. 4.
(32) En vertu du principe «Iura novit curia».
(33) CUENDET, pp. 153-154.
(34) CUENDET, p. 147; TERCIER, Le tort moral, p. 193.
(35) RO 89 II 214 = JdT 1964 I 54, c. 5a.
(36) RO 42 II 134 = JdT 1916 I 531, c. 2.
(37) RO 43 II 47 = JdT 1918 I 2, c. 6.

peut faire appel aux principes généraux de l'expérience ; le défendeur doit alors se laisser opposer ce qui résulte de l'expérience de la vie. Il y a donc renversement du fardeau de la preuve : Si, par suite de circonstances exceptionnelles, le demandeur n'a subi aucun dommage, le défendeur doit prouver ces circonstances et supporte donc le risque de n'y point parvenir.

Cependant, l'art. 42, al. 2, doit rester d'une application exceptionnelle. Un tribunal ne peut l'invoquer pour se passer des preuves du demandeur ni le demandeur pour se croire dispensé de rapporter la preuve du dommage qu'il a subi. Le TF exige que le demandeur fournisse au dossier des pièces ou des éléments — au moins des indices — suffisants pour que le juge puisse se convaincre de l'existence d'un dommage. S'il ne le fait pas, il en supporte seul les conséquences, car les tribunaux ne sont pas tenus de rechercher d'office les indices qui doivent leur permettre d'inférer l'existence du dommage (39).

D) Preuve de l'inexécution du contrat

Lorsqu'il s'agit de la violation d'une obligation consistant en certains devoirs de diligence, le créancier devra « prouver des faits tels que le juge puisse effectivement les qualifier comme violant les obligations découlant du contrat telles qu'il les a établies » ; pratiquement, le demandeur doit recourir à un expert (40). S'agissant, en revanche, d'une obligation imposant un acte précis (par exemple dans le contrat de vente), il appartient au débiteur de prouver l'exécution puisque c'est un fait qu'il invoque pour se libérer (41).

E) La preuve du lien de causalité

Le rapport de causalité adéquate est un point de droit laissé à l'appréciation du juge qui ne saurait être soumis à preuve. Cependant, en matière de causalité naturelle qui est une question de fait, le créancier doit établir qu'il existe un rapport de cause à effet entre l'acte ou l'abstention fautifs du médecin et le dommage constaté (42). Comme l'a relevé le TF (43), il n'est pas admissible « d'exiger une preuve stricte et absolue du rapport de cause à effet : le juge doit se contenter du degré de certitude que l'expérience de la vie lui procure et qui tient compte du cours normal des choses ». Il y a donc une grande part d'appréciation du magis-

(38) P. 68.
Pour le TF, « le préjudice doit être tenu pour établi lorsque les indices fournis par le dossier permettent, en considération du cours ordinaire des choses, de conclure à son existence ».
(RO 81 II 512 = JdT 1956 I 237, c. 4 ; RO 74 II 76 = JdT 1948 I 495, c.5).

(39) RO 54 II 481, c. 3 ; RO 55 II 29 = JdT 1929 I 583, c. 3 ; RO 72 II 80 = rés. JdT 1946 I 443 ; RO 84 II 6, c. 3 = rés. JdT 1959 I 167 ; RO 89 II 214 = JdT 1964 I 54, c. 5a ; RO 92 II 328 = JdT 1968 I 34, c. 4.

(40) GAUTSCHI, note 26b, ad art. 398, pp. 385-386.

(41) CUENDET, pp. 153-154.

(42) VON TUHR, pp. 83-84 ; CUENDET, p. 152 ; SAVATIER, Traité, p. 301 ; JdT 1932 I 519. Voir également, supra, section 2, chapitre VI.

(43) RO 59 II 434 = JdT 1934 I 169.
Voir aussi SAVATIER, Traité, pp. 301-302.

trat. Souvent, la très grande vraisemblance suffira, surtout lorsque la possibilité d'un autre enchaînement causal est infiniment moins probable (44). En effet, le lésé n'obtiendrait presque jamais justice si on appréciait avec trop de rigueur le lien de causalité (45).

La notion de lien de causalité ne permet pas seulement d'imputer objectivement le dommage à son auteur (46), mais aussi de délimiter le préjudice, une fois connus et prouvés certains faits de nature à causer un dommage (47).

Section 5. La preuve de la faute (47 bis)

A) Généralités

On admet généralement que la preuve de la faute délicuelle incombe au créancier (48) tandis que la faute contractuelle est présumée: pour dégager sa responsabilité, le débiteur doit établir l'existence d'un cas fortuit, c'est-à-dire l'absence de faute de sa part (49).

On constate cependant que la théorie classique du fardeau de la preuve de la faute différenciée selon que la responsabilité est contractuelle ou délictuelle est combattue par certains auteurs et même parfois par la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Quelques arrêts (50) examinent la question en matière contractuelle comme s'il n'incombait pas au débiteur de prouver l'absence de faute; d'aucuns (51) affirment même que la solution est identique, que la responsabilité soit contractuelle ou délictuelle; d'autres (52), enfin, ont admis que la faute délictuelle était présumée. C'est notamment le cas d'un arrêt important (53) concernant la responsabilité délictuelle d'un médecin exerçant son activité en milieu hospitalier. Au cours d'une opération du goître, un chirurgien devait

(44) CUENDET, p. 152; RO 90 II 227; SJ 1946, p. 545; SJ 1957, p. 234.
Voir aussi, supra, sections 3 et 5 du chapitre VI.
(45) VON TUHR, pp. 83-84.
(46) CUENDET, p. 153; OFTINGER, I, p. 56.
(47) OFTINGER, I, p. 58.
(47 bis) cf., supra, note 21.
(48) CUENDET, p. 155: de manière plus précise, il appartient au créancier de prouver les actes ou abstentions du débiteur qu'il estime devoir être qualifiés de fautifs.
(49) VON TUHR, p. 515; LOEFFLER, p. 60; THELIN, p. 19; OFTINGER, I, p. 438; BECKER, note 96, ad art. 97 CO; OSER et SCHOENENBERGER, note 15, ad art. 97 CO.
(50) Cf. entre autres RO 56 II 278 = JdT 1931 I 11; RO 59 II 63.
(51) RO 60 II 38 = JdT 1934 I 290.
(52) RO 70 II 207 = SJ 1945, p. 197.
(53) Cf. l'arrêt précité à la note précédente. Le TF déclare notamment: «En l'espèce, l'identification de l'artère thyroïdienne présentait sans doute quelques difficultés, mais il n'y avait rien d'exceptionnel ni d'anormal dans le cas de la demanderesse... l'opération du goître est du reste très fréquente... si donc, comme cela est acquis aux débats, le chirurgien se trompe et lie la carotide, à savoir une artère essentielle de la tête, on peut en inférer qu'il n'a pas pris les précautions voulues pour identifier l'artère à ligaturer. Dans ce cas, le fardeau de la preuve se déplace et la *présomption de négligence* qui pèse sur le défendeur ne peut être détruite que s'il établit que, vu les circonstances particulières du cas, sa méprise ne lui est pas imputable à faute».

accomplir un acte technique bien déterminé, à savoir la ligature de l'artère thyroïdienne; par erreur, il ligatura la carotide. Le TF a estimé que dans ce cas la faute du praticien était présumée.

THELIN (54) et THILO (55) pensent qu'il appartient au médecin de prouver qu'aucune faute ne lui est imputable en matière contractuelle. Cependant, dans le domaine de la responsabilité médicale, certains auteurs admettent qu'il incombe au patient d'établir la faute du médecin (56), c'est-à-dire de prouver les faits que le juge qualifiera de manquement à une des obligations du contrat de soins précisées par la jurisprudence.

B) Les obligations de moyens et les obligations de résultat

Concernant le fardeau de la preuve, le droit français distingue les obligations imposant un acte précis des obligations consistant en un devoir de diligence. Selon SAVATIER (57), «dans la responsabilité contractuelle, tantôt la faute se présume et tantôt elle ne se présume pas, suivant que le débiteur s'est engagé à obtenir un résultat déterminé (obligation de résultat) ou simplement à tenir une conduite déterminée (obligation de moyens). Dans le premier cas, il est réputé en faute si le résultat promis n'a pas été atteint; au contraire, lorsqu'il s'est simplement engagé à tenir une conduite déterminée, c'est au créancier qui lui reproche de ne pas l'avoir tenue à prouver la négligence ou le dol du débiteur». Le médecin français s'engageant à une obligation de moyens, il en résulte qu'il incombe au malade de prouver la faute du praticien.

Même si la distinction française des obligations de moyens et de résultat ne peut être retenue en droit suisse, comme nous l'avons déjà vu (58), CUENDET (59) fait un raisonnement analogue à celui de SAVATIER. Il

(54) P. 19.

(55) Resp. du médecin, p. 9.
Voir aussi JdT 1944 I 199 et JdT 1940 I 299 (notes THILO); ROSENSTIEL, FJS N° 846, p. 7.

(56) GAUTSCHI, notes 23c et 26b ad art. 398 CO.
SJ 1958, p. 484: la Cour de Justice Civile de Genève déclare à ce propos: «Il faut rappeler qu'en cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse du mandat, le médecin est en principe tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable (art. 97, al. 1, CO), la jurisprudence a, au profit des médecins, atténué la rigueur du principe légal en imposant en fait au patient non seulement la preuve de l'existence d'un lien de causalité adéquat entre le traitement médical et la lésion, mais encore la preuve de l'existence d'une faute dans le traitement au lieu de se borner, le lien de causalité étant établi, à autoriser le médecin à fournir une preuve libératoire... toutefois, lorsqu'une circonstance est établie qui, dans la règle, implique une faute du médecin ou de ses auxiliaires, ce serait aggraver à l'excès le fardeau de la preuve mis à la charge du patient que d'exiger qu'il prouve comment s'est produit le fait qui est à l'origine du dommage. C'est au médecin d'apporter la preuve libératoire et d'établir qu'un fait qui, dans la règle, implique une faute dont il doit répondre, ne lui est, dans le cas particulier, pas imputable à faute.»

(57) SAVATIER, Traité de la Responsabilité civile en droit français, I, N° 113, Paris 1939. Du même auteur, Traité de Droit Médical, Paris 1956, p. 289. Dans le même sens que SAVATIER, cf. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, T. II et III, Paris 1958 et 1960, N° 694 et 103; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 158-161; du même auteur, Le contrat de soins, N° 280-282; LOMBARD, pp. 57-58; Cass. civ., 29 décembre 1947, D. 48, 127.

(58) Cf., supra, pp. 136-139.

(59) P. 198.

affirme en effet que « la question du fardeau de la preuve de la faute est indépendante de la source de la responsabilité. Le demandeur doit toujours prouver les faits qui fondent son droit, le défendeur, ceux qu'il invoque pour sa libération (60). Dans ce sens, on peut dire que le demandeur... doit rapporter la preuve de la faute du défendeur. Cette preuve variera beaucoup, quant à son étendue, selon l'obligation qui pesait sur le défendeur». Toujours selon cet auteur (61), « on peut distinguer à cet égard deux hypothèses :

1) *le défendeur était tenu à un acte précis ou il devait s'abstenir d'un acte précis.*

Le demandeur doit prouver l'existence de l'obligation et l'inexécution ; cette dernière preuve sera le plus souvent très simple, le demandeur n'ayant qu'à alléguer le fait de l'inexécution. La faute du défendeur se trouve ainsi à première vue établie, un homme avisé s'en tenant en principe à la conduite qu'une obligation précise lui impose. Le défendeur pourra se disculper en établissant qu'il a exécuté son obligation et qu'il n'a commis aucune faute. »

2) *« Le défendeur devait faire preuve d'une certaine diligence en vue d'un résultat.*

Le demandeur doit prouver l'existence de l'obligation et son inexécution, c'est-à-dire les faits d'où il résulte que le défendeur n'a pas eu la diligence voulue ; par là-même, la faute est établie.
Le défendeur se libérera, le cas échéant, en prouvant qu'il n'a commis aucune faute. »

C) La preuve de la faute grave

Le Tribunal fédéral n'a jamais déterminé dans quelle mesure la faute grave était présumée en matière de responsabilité contractuelle. Il semble toutefois que lorsque le débiteur ne répond pas de toute faute, mais uniquement de sa faute grave, il faille renverser le fardeau de la preuve : il incombe au créancier d'établir la gravité de la faute (62).

D) La difficulté de la preuve de la faute médicale

La preuve de la faute technique du médecin est souvent très difficile à établir pour le patient (surtout lorsqu'il s'agit d'une technique complexe et délicate), notamment en raison de la rareté des témoins de l'acte médical, de la discrétion

(60) Ibid., p. 161.
(61) CUENDET, pp. 198-199 ; voir aussi BECKER, note 4, ad art. 41 et note 96, ad art. 97 CO.
(62) SJ 1952, p. 289, c. 2 = rés. JdT 1952 I 606 : concernant un cas d'application de l'art. 129, al. 2, LAMA, le TF a déclaré que « celui qui impute à l'employeur l'intention ou la faute grave, qui sont consécutives de sa responsabilité selon cet article, doit les prouver ».

professionnelle des médecins et des experts et du manque de connaissances techniques du juge (63).

E) Conclusion

Nous pensons qu'on peut reprendre la distinction que nous avons faite plus haut (64) entre les deux sortes de dommages médicaux:

1) *le dommage clair et net « a medico »*

Si une circonstance est établie qui, dans le cours normal des choses, implique une faute du médecin, la preuve libératoire incombera à ce dernier. Ce sera le cas chaque fois que le praticien n'a pas respecté une des obligations découlant du contrat de soins et déterminées par la jurisprudence.

2) *Résultat déficitaire de la thérapeutique (absence de guérison, guérison retardée)*

Ici, le dommage n'est pas évident; il est donc équitable que la preuve de la faute du médecin incombe au patient; ce dernier devra établir qu'un traitement plus judicieux aurait mieux réussi. En effet, rappelons que le praticien s'engage à soigner de son mieux le malade, non à le guérir. L'absence de guérison ou même l'aggravation de l'état du patient ne suffisent pas en soi à faire présumer que le médecin n'a pas respecté ses obligations et qu'il a commis une faute.

Section 6. Res ipsa loquitur

Les juridictions des pays de la Common Law appliquent la règle « res ipsa loquitur » (les choses parlent d'elles-mêmes). Cette maxime n'est rien d'autre qu'une règle rejetant le fardeau de la preuve sur la personne du défendeur; son but est de permettre d'indemniser la victime lorsque les faits qui ont provoqué le préjudice sont méconnus du demandeur et ont eu lieu à l'insu du défendeur (65).

« Les choses sont suffisamment éloquentes » parce que les faits sont inexpliqués, qu'un résultat anormal parle par lui-même et que le dommage peut raisonnablement être attribué à la négligence de quelqu'un (66). En d'autres termes, cette maxime s'applique, comme règle de preuve, lorsqu'un événement n'aurait pas eu lieu, dans le cours normal des choses, sans la négligence de quelqu'un et lorsque les circonstances laissent supposer qu'il s'agit de la négligence du défendeur, à l'exclusion de tout tiers (67). Toutefois, le défendeur n'est

(63) MALHERBE, pp. 78-79; LOMBARD, pp. 61-72; BOYER-CHAMMARD, p. 82; BRUNHES, pp. 193-194, 197, 208, 210, 218.

(64) Cf., supra, pp. 147-149.

(65) Charles WORTH, « On Negligence », nouv. éd Sweet and Maxwell, 1962, pp. 110-128; Philip S. JAMES, « General Principes of the law of torts », London, Butterworths, 1964, pp. 182-188.

pas démuni de moyens de défense car il peut renverser la présomption en fournissant la preuve qu'il n'a pas été négligent, même s'il ne peut établir comment les faits se sont réellement produits. Il peut aussi donner une version des faits qui laisse supposer que l'accident peut également s'expliquer par une autre hypothèse que celle de sa négligence.

En revanche, lorsque la cause de l'accident est connue ou que les faits sont expliqués, la maxime « res ipsa loquitur » ne s'applique plus et la négligence du défendeur n'est pas présumée (68).

Dans le domaine de la responsabilité médicale, certaines juridictions continentales ont appliqué (69) parfois, sans s'y référer expressément, la maxime « res ipsa loquitur », notamment quand « un résultat anormal parle de lui-même » ou lorsqu'il n'y a pas, *prima facie*. d'autre explication à un dommage que la négligence du médecin.

(66) Philip JAMES, op. cit., p. 185: « This is no more than a common-sense rule of evidence which takes account of the fact that injury is often occasioned by events which obviously argue lack of proper care on the part of someone uneder circumstances which make it difficult or impossible for the plaintiff to provide evidence of the precise form which the alleged carelessness has taken. »

Charles WORTH, op. cit., N° 112-113: « A special application of the principles that there is evidence of negligence if the facts proved are more consistent with negligence on the part of the defendant than with other causes is found in the cases in which the maxim res ipsa loquitur applies... res ipsa loquitur does not mean that merely because at the end of a journey, a horse is found hurt, or somebody is hurt in the streets, the mere fact that he is hurt implies negligence. The circumstances are eloquent of the negligence of somebody who brought about the state of things which is complained of. »

A. C. FORRESTER, « Anesthesist in law », Proc. Roy, Soc. Med., 1968, 61/4 (409-416): l'auteur rappelle que normalement, dans l'action en réparation du dommage, le fardeau de la preuve incombe au demandeur, mais là où il n'y a pas d'autre explication raisonnable du préjudice, c'est au défendeur à prouver qu'il n'a pas été négligent. « Normally in an action for negligence the (English and Scottish) law puts the onus of proof on the plaintiff. Where there is no other reasonable explanation for the mishap, it is for the defendant to prove that he was not negligent. This doctrine speaks for itself. »

Cf. aussi sur la maxime « res ipsa loquitur » l'exposé du Prof. KEETON, doyen de l'Ecole de droit de l'Université d'Austin (texas) in Acta du 1er Congrès mondial de droit médical à Gand, pp. 129 et 133.

(67) Philip JAMES, p. 185: « There must be reasonable evidence of negligence. But where the thing is shewn to be under the management of defendant or his servants, and the accident is such as in the ordinary course of things does not happen if those who have the management use proper care, it attords reasonable evidence, in the absence of explanation by the defendants, that the accident arose from want to care. »

Ibid., p. 186: « It is to be noted that according to this statement two conditions have to be satisfied for « res ipsa loquitur » to come into play: first the event which caused the accident must have rested within the control of the defendant; secondly, the mere concurrence of the event must raise of itself a reasonable inference that the defendant or his servants or agents have been negligent. »

(68) Charles WORTH, op. cit., N° 124: « When a prima facie case of negligence against the defendant has been established under the doctrine of res ipsa loquitur the defendant can rebut that case by proving that he was not negligent, even thought he cannot prove how the accident happened. »

(69) RO 42 II 134 = JdT 1916 I 531, c. 2: « Dans certains cas, du fait que tels actes sont de nature à causer un dommage, on est autorisé à conclure qu'ils l'ont effectivement causé. »

RO 70 II 208 = SJ 1945, p. 197: « Les circonstances sont telles, les faits sont si clairs qu'ils font présumer l'existence d'une faute. Dans ce cas, le fardeau de la preuve se déplace et la présomption de négligence qui pèse sur le défendeur ne peut être détruite que s'il établit que, vu les circonstances

Section 7. La mission du juge et de l'expert

A) **Généralités** (70)

La question de la faute du médecin doit être considérée sous deux aspects: d'une part, sous son aspect scientifique et clinique (diagnostic, thérapeutique, etc...) qui est l'affaire des experts, d'autre part au point de vue de la déontologie et de l'éthique médicales que les non-médecins peuvent fort bien apprécier (71).

L'expertise est la principale source du régime de la preuve dans le domaine de la responsabilité médicale; en effet, certaines fautes ne sautent pas aux yeux du profane et seul l'expert peut les déceler. Le juge lui-même n'est pas en mesure de découvrir ou d'apprécier une faute technique; il doit donc s'entourer de tous les renseignements utiles et d'avis autorisés (72).

«La mission des experts médicaux est, d'une façon générale, celle d'un auxiliaire du juge; ils doivent mettre leurs connaisances techniques au service de la justice et, par leurs constatations et leur avis de spécialistes, aider le magistrat à résoudre les questions de fait et les questions d'appréciation débattues dans le procès (73).» Les experts doivent indiquer au juge «la plus grande vraisemblance en se fondant sur leur expérience personnelle et sur celle d'autres médecins, acquise dans des cas analogues, en s'appuyant aussi sur les données d'une statis-

particulières du cas, sa méprise ne lui est pas imputable. En l'espèce, le défendeur n'est pas parvenu à se disculper.»

Contrairement aux règles admises en matière de responsabilité délictuelle, le TF a condamné le médecin sur la base d'une présomption de faute.

ROSENSTIEL, FJS, N° 846, p. 7: «Lorsqu'il incombe au patient d'établir une faute du médecin, la preuve *prima facie* peut être admise si, d'après l'expérience, on reconnaît qu'un insuccès déterminé n'est attribuable qu'au fait que le médecin a négligé son devoir de diligence.»

Cass. civ., 12 novembre 1968, JCP 1969, II, 15.864 (note SAVATIER commentant un arrêt de la Cour de Paris du 16 juin 1966). Cet arrêt est également commenté dans La Presse Médicale du 5 novembre 1966 par KORNPROBST. Voir aussi D.1967, Somm. p. 11.

La Cour de Paris a adopté en l'espèce, sans y faire référence, une théorie voisine de res ipsa loquitur «en déduisant d'un résultat anormal (une radiodermite provoquée par une irradiation excessive) la maladresse des internes révélatrice par elle-même de leur insuffisante capacité technique impliquant la faute retenue à l'encontre du chirurgien-chef de n'avoir pas limité la zone d'activité de ses internes» (BRUNHES, pp. 65-66).

«Le simple fait qu'un décès ou un accident n'a pas d'explication normale en dehors de la faute reprochée au médecin pourra leur (les juges) suffire pour le mettre à la charge de celui-ci» (SAVATIER, Traité, p. 302, ainsi que la jurisprudence citée par l'auteur)

LOMBARD, p. 263: «Un neurochirurgien provoque une paralysie partielle d'un patient par l'incision accidentelle d'un nerf. Dans ce cas «la paralysie parle d'elle-même» et il n'est point besoin de preuve supplémentaire. Voir aussi, du même auteur, pp. 62-64; p. 84, N° 1; p. 263.

(70) Cf. A. NARAKAS, De l'expert et de l'expertise, dans Médecine et Hygiène, N° 1082 du 12 décembre 1973, pp. 1957-1960.

(71) BRUNHES, pp. 45-46; SAVATIER, Traité, p. 297.

(72) BRUNHES, pp. 11, 44-45; SAVATIER, Traité, pp. 291, 293 et 428; DEBRAY, p. 42.
RO 34 II 34, c. 4 = JdT 1908 I 354; RO 53 II 427 = JdT 1928 I 586.
Cf. également les art. 170 et 220 CPC vaudois.

(73) Cf. les deux arrêts précités à la note 72, supra. Cf. aussi RO 57 II 203 = JdT 1932 I 78; RO 61 II 106 = JdT 1935 I 436.
PACHE, p. 119.

tique sérieuse» (74). L'expert enfin éclairera le juge «sur ce qui constitue à la date des faits les données actuelles de la science et sur l'état des connaissances médicales concernant tel sujet, fussent-elles controversées (75)».

B) La non-ingérence du juge dans les questions scientifiques

Au milieu du XIX[e] siècle déjà, les tribunaux français estimaient que «les questions scientifiques sont à débattre entre docteurs». Les anciens parlements n'avaient en revanche pas les mêmes scrupules; ils n'hésitaient pas à prendre parti dans les discussions qui agitaient le monde médical et ils apportaient aux opinions des médecins le poids de leur autorité: ils approuvaient ou condamnaient catégoriquement tel ou tel remède (76).

Si les tribunaux ont le devoir de rechercher dans les causes qui leur sont soumises la faute du médecin ou la méconnaissance par le praticien des règles essentielles de sa profession, la jurisprudence n'a cessé d'affirmer depuis plusieurs décennies qu'il était de la sagesse du juge:

1) de ne pas s'immiscer dans les questions de pure science (77);
2) de ne pas s'ingérer témérairement dans l'examen de théories médicales et de ne pas prendre parti pour telle méthode, telle doctrine ou telle pratique (78);
3) de ne pas se prononcer sur l'opportunité ou l'efficacité d'un traitement ou d'une opération, ni sur son indication (79).

C) Le juge n'est pas lié par l'avis des experts

D'une manière générale, le juge n'est pas lié par les conclusions des experts et il reste libre de résoudre la question de la faute selon sa conviction morale (80). Ainsi le magistrat s'occupera personnellement des faits reprochés au médecin sortant du domaine de la science médicale proprement dite (négligence, légèreté manquements aux devoirs, erreur d'organe à opérer, etc.). Ce sera finalement au juge de trancher, notamment «toutes les fois que les experts, à partir de constatations techniques, s'élèvent à des conclusions touchant la déontologie médicale en résolvant incidemment des problèmes étrangers à la médecine pure» (81).

(74) RO 57 II 212 = JdT 1932 I 85.

(75) BRUNHES, p. 44.

(76) POMMEROL, p. 29; BRUNHES, pp. 42 et 70; BOYER CHAMMARD, p. 76; PHARAON, p. 50.

(77) THELIN, p. 27; POMMEROL, p. 22; Montpellier, 14 décembre 1954, D.1955, p. 745.

(78) Cass. Req., 21 juillet 1862, D.1862 I 419; Cass., 1[er] juillet 1958, D.1958.600; POMMEROL, p. 28; CASANOVA, Resp. méd., thèse Aix 1946, pp. 36 ss.

(79) PHARAON, p. 50; POMMEROL, p. 28.

(80) RO 34 II 39 c. 4 = JdT 1908 I, 360; RO 61 II 111 = JdT 1935 I 436.

L'art. 243 CPC vaudois dit que «le juge apprécie librement la valeur et la portée des expertises, mais (que) s'il statue contrairement aux conclusions des expertises, il est tenu de donner dans son jugement les motifs de sa conviction».

BRUNHES, p. 45; BOYER CHAMMARD, pp. 107-108; SAVATIER, Traité, p. 297 (ainsi que la nombreuse jurisprudence citée par l'auteur à la note 72) et 428.

(81) RO 34 II 32 = JdT 1908 I 354; dans le même sens, JdT 1921 I 421; JdT 1944 I 198; RO 70 II 208 (res.) = SJ 1945, p. 197.

SAVATIER, p. 97, note 74; BRUNHES, p. 45; BOYER CHAMMARD, pp. 91, 107-108.

D) **Le juge est un profane en matière médicale**

En fait, l'avis des experts médicaux revêt pour le juge une importance considérable (82). En effet, même s'il n'est pas lié par le rapport de l'expert, le juge ne peut pratiquement pas se passer des lumières des spécialistes et se distancer des experts dans le domaine de la faute technique. Il n'a aucun moyen d'aller à l'encontre de leurs conclusions à moins qu'elles ne soient démenties par les indications d'autres experts (83).

E) **La faute imputable au médecin est une question de droit**

La mission de l'expert est indispensable, mais elle reste limitée; l'expert n'est qu'un auxiliaire du juge dans les questions médicales; il n'est en aucun cas son conseiller dans l'appréciation des problèmes juridiques qui sont de la compétence exclusive du magistrat judiciaire. « La question de la faute imputable au médecin, selon le TF (84), est une question, non de fait, mais de droit, que le juge peut trancher librement car elle implique l'appréciation des actes ou omissions du médecin au regard de ses obligations contractuelles et, éventuellement, extra-contractuelles; or, c'est là une appréciation juridique, bien que le juge soit forcé, pour pouvoir la formuler, de faire appel au concours d'experts possédant des connaissances techniques. »

F) **La liberté thérapeutique des médecins est reconnue par les tribunaux**

De nos jours, la science médicale offre de multiples moyens propres à traiter la plupart des affections. Cette diversité laisse au médecin la liberté de choisir le traitement qui est à ses yeux le plus propice et le plus efficace, selon ses convictions doctrinales et la manière dont se présente le cas (85).

En principe, le juge ne discute pas le choix de la thérapeutique parce que la jurisprudence se désintéresse à juste titre des questions d'ordre scientifique. En outre, la profession médicale se distingue des autres professions par le rôle prépondérant qu'y joue l'initiative personnelle. La crainte d'une immixtion du juge ne doit pas contrecarrer l'esprit d'initiative du praticien, d'autant plus qu'il est difficile pour le juge, et même pour l'expert, d'apprécier rétrospectivement l'incidence d'un traitement admis par la science (86).

(82) RO 34 II 39 = JdT 1908 I 354; RO 53 II 427 = JdT 1928 I 586.

THILO, Resp. du médecin, p. 48, note que « la faute professionnelle doit s'apprécier professionnellement... ce jugement professionnel, c'est l'homme de l'art qui peut seul le porter de manière compétente.

SAVATIER, Traité, pp. 297 et 428.

(83) RO 61 II 111 = JdT 1935 I 436; cf. aussi THILO, pp. 47-48.

(84) RO 34 II 34 c. 4 = JdT 1908 I 354; RO 53 II 427 = JdT 1928 I 586; RO 61 II 111 = JdT 1935 I 436; JdT 1941 I 162; JdT 1944 I 198; RO 70 II 208 = SJ 1945, p. 197.

(85) PHARAON, p. 95; SAVATIER, Traité, p. 243; LOEFFLER, pp. 56-50.

Trib. Lille, 30 juillet 1952, D. 53, Somm. 32.

(86) PHARAON, pp. 53-54, 95, 134; SAVATIER, Traité, pp. 246-247, 266; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 240, 241 et 243.

Ainsi, le médecin pose seul, en conscience, l'indication et choisit la thérapeutique qui lui paraît la plus efficace et la plus appropriée (87). L'indépendance du médecin est d'ailleurs plus un droit du patient qu'un privilège de l'homme de l'art. Elle constitue une garantie morale pour le malade — indispensable à sa confiance — que le traitement sera choisi dans son intérêt exclusif, en l'absence de toute directive ou de toute pression d'un tiers quel qu'il soit (employeur, proches, collectivité, clinique, hiérarchie médicale, etc.) (88).

Pour que le choix thérapeutique du médecin ne soit pas contesté par le juge, il doit respecter certaines limites énoncées par la doctrine et la jurisprudence:

1) Il existe des points de technique, des procédés de contrôle ou d'investigation admis unanimement par tous les auteurs (89).

2) Le médecin doit tenir compte des progrès les plus importants réalisés par la science médicale depuis l'obtention de son diplôme (90); il doit recourir, dans la mesure du possible, à tous les procédés techniques mis à sa disposition par la science actuelle et ne pas se contenter de méthodes surranées (91).

3) Le praticien doit établir que le procédé auquel il a recouru a dépassé le stade de l'expérimentation scientifique pour entrer dans la pratique courante: le traitement choisi doit être admis par la littérature médicale comme applicable au cas pour lequel il est prescrit (92).

4) On ne saurait faire grief à un médecin d'avoir utilisé une méthode classique, même si elle est délaissée, à condition qu'elle se trouve encore décrite dans les ouvrages scientifiques en vigueur et qu'elle ne soit pas abandonnée en raison de son inefficacité (93).

De même, on ne saurait reprocher à un praticien de n'avoir pas recouru à une nouvelle méthode dont l'efficacité n'est pas encore entièrement établie (94).

5) Même à la demande de son patient, le médecin doit renoncer à appliquer un traitement dangereux, dont les risques sont hors de proportion avec le but à atteindre et alors que l'art médical lui offre d'autres moyens qui peuvent parvenir au même résultat avec des risques bien moindres (95).

En revanche, le praticien ne doit pas hésiter, lorsque l'état du malade l'exige, à appliquer un traitement présentant des risques élevés, surtout s'il a

(87) POMMEROL, pp. 55-60; BOYER CHAMMARD, pp. 121-124; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 113-115 et 483-493; GAUTSCHI, p. 201 (note 2c ad art. 396, al. 1, CO).

(88) BOYER CHAMMARD, pp. 26-30; SAVATIER, Traité, pp. 247, 382-386; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 188-191; DEBRAY, pp. 20, 91-104, 177-180, 210-211; PHARAON, pp. 37-38.

Cf. aussi, supra, pp. 15-17.

(89) THELIN, p. 22; BRUNHES, p. 70; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 111; POMMEROL, p. 26; PHARAON, pp. 85 et 88.

(90) PHARAON, p. 98; cf. aussi, supra, p. 128.

(91) Cour d'Appel Rouen, 21 avril 1923, S. 1924.2.7; PHARAON, p. 88.

(92) POMMEROL, p. 28; DE VILLE DE GOYET, p. 22; BRUNHES, pp. 80-81; KOHLHAAS, pp. 525-526; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 113, 493; PHARAON, p. 96.

Aix, 14 février 1950, D. 1950.323.

(93) THELIN, p. 56; PHARAON, p. 87; Cass. civ., 13 mai 1959, Bull. cass. 1959.I.202.

(94) PHARAON, p. 87.

(95) THELIN, pp. 47-48; PHARAON, pp. 98-100; MALHERBE, p. 13.

épuisé sans résultat les procédés plus classiques et s'il pense, en conscience, que ce moyen est la seule chance de guérir éventuellement son patient (96).

6) Il ne suffit pas que l'acte médical soit conforme à l'usage pour échapper à toute critique: les tribunaux peuvent refuser de consacrer un usage abusif, même s'il est répandu (97).

7) Le médecin n'est pas nécessairement tenu de suivre aveuglément l'avis de la majorité des maîtres, ce qui freinerait tout progrès et figerait la pratique médicale dans la routine. Il peut s'appuyer sur l'avis d'une minorité d'hommes de science, à condition toutefois que cette minorité soit représentative, sérieuse et que son opinion repose sur des données expérimentales valables (98).

Ainsi le médecin qui s'écarte de la médecine officielle (homéopathie, acupuncture, radiesthésie, etc.) doit en informer le patient (99).

8) En tout état de cause, le praticien ne doit pas dépasser les limites imposées par les règles générales de prudence et de diligence auxquelles sa conduite reste assujettie: son pouvoir n'est pas discrétionnaire (100).

En conclusion, BRUNHES (101) a résumé ainsi la conduite adéquate du médecin selon la jurisprudence française actuelle: «Eviter d'appliquer les théories qui ne sont plus défendues que par une petite minorité, ne pas recourir à une thérapeutique surannée, sans pour autant utiliser un procédé dont la valeur et l'innocuité ne sont pas démontrées».

G) **Le mandat de l'expert** (102)

La plupart des règles concernant l'expertise relèvent du droit de procédure cantonal (103). L'expert judiciaire est commis par le juge qui lui définit sa mission (104); il doit la remplir dans le cadre qui lui a été tracé par le magistrat et donner notamment une réponse motivée et précise à toutes les questions qui lui ont été posées. Afin de pouvoir renseigner le mieux possible le juge, l'expert est naturellement admis à consulter toutes les pièces du dossier: il pourra examiner le patient (105), vérifier ses dires, exécuter toutes les investigations biologiques,

(96) PHARAON, pp. 100-101; SAVATIER, Traité, p. 258; MALHERBE, p. 13.

(97) CUENDET, p. 91: Si l'usage consiste à prendre une précaution, le juge en tiendra compte pour ainsi dire automatiquement: l'homme avisé se conforme toujours à cet usage. En revanche, si l'usage s'est établi de ne pas prendre une certaine précaution, le juge doit examiner si cet usage est raisonnable ou s'il constitue un abus. Dans ce dernier cas, il doit réagir en n'en tenant pas compte. «Du fait qu'un abus est très répandu, il ne cesse pas d'être un abus» (RO 57 II 61 = SJ 1931, p. 241; RO 83 II 27; OSER et SCHOENENBERGER, note 66, ad art. 41).

Paris, 25 avril 1945, G.P. 1945 I 209; Montpellier, 14 décembre 1954, D.1955.745; Cass. civ., 1er juillet 1958, D. 1958.600; Cass., 27 janvier 1970, Bull. crim. 1970, I, 37, p. 30; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 181.

(98) PHARAON, pp. 96-97; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 247-248.

Trib. civ. Seine, 4 janvier 1938, D.H. 1938, Somm. 11.

(99) THELIN, p. 56, note 1; KOHLHAAS, p. 521, ch. 10; SAVATIER, Traité, p. 244; Trib. corr. Nice, 24 novembre 1946, JCP 48, IV, p. 31; Concours médical du 16 janvier et du 16 mars 1954.

Cf. aussi RO 38 II 621; RO 56 II 374.

(100) THELIN, p. 56; PHARAON, pp. 96, 101.

(101) P. 84.

(102) Cf. notamment LOEFFLER, pp. 56-60; NEGRE, op. cit., p. 152.

(103) Cf. LOEFFLER, p. 57.

(104) Voir, entre autres, les art. 221, 225 et 226 CPC vaudois.

chimiques, physiques nécessaires à son information. Enfin, il rédigera à l'intention du juge un rapport fidèle et complet de ses constatations et de ses conclusions (106).

L'expert doit établir la preuve de la faute et examiner le lien de causalité (107). Il doit notamment restreindre la marge d'incertitude «susceptible de troubler» un jugement; à cette fin, il fournira au juge des éléments d'appréciation et délimitera ce qui est certain de ce qui est probable ou simplement vraisemblable (108).

L'expert doit se limiter strictement aux recherches dont le juge l'a chargé et il ne doit pas s'ingérer dans les questions qui ne lui ont pas été posées; il s'abstiendra en particulier d'empiéter sur le domaine juridique réservé au magistrat (109).

Un expert avisé s'interdit toute querelle d'école. Certains d'entre eux, dont la compétence n'est d'ailleurs pas en cause, ont une tendance assez naturelle à défendre leur propre opinion et à tenir compte de leur prédilection thérapeutique qui ne sont souvent que le reflet d'une pensée scientifique personnelle qui n'est pas forcément celle de la majorité des auteurs. L'expert doit exécuter son mandat en toute conscience, observer une parfaite impartialité (110) et se référer aux seules données acquises de la science admises par tous (111).

Définir la mission de l'expert est une tâche très délicate pour le juge dont les connaissances techniques et médicales sont forcément limitées. Or, la manière de poser des questions aux experts est très importante pour l'établissement de leur rapport, rapport qui permettra au juge de se faire une idée plus ou moins exacte du problème qu'il doit trancher (112).

(105) THELIN, p. 112, rappelle que le médecin expert doit examiner personnellement le patient pour constater lui-même les faits et les vérifier et ne pas se fonder uniquement sur les dires du patient.

(106) RO 61 II 111 (définition du rôle de l'expert).
KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 378; voir aussi les art. 235-240 CPC vaudois.

(107) THELIN, pp. 112, 113 et 115; FROGE, p. 26.

(108) BRUNHES, p. 44.

(109) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 378-379.

(110) Cf. art. 222, CPC vaudois: «Lorsqu'il existe des circonstances de nature à compromettre leur impartialité, les experts peuvent être récusés par demande écrite, déposée dans les dix jours, dès que la partie ou son mandatire ont eu connaissance de la nomination ou de la cause de récusation.»
Voir également l'art. 224 du même code.

(111) THELIN, pp. 56 et 114; LOEFFLER, p. 59.

(112) Cf. KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 115, note 58: «Il faut, à notre avis, tout d'abord, au lieu de demander simplement aux experts de formuler un avis sur la responsabilité mise en cause, question de droit, leur poser toujours la question de savoir si le défendeur, en agissant comme il lui est reproché de l'avoir fait, a été imprudent, négligent, maladroit, inattentif, ou a méconnu l'une de ces choses que tout médecin doit connaître eu égard aux données actuelles de la science, étant, d'autre part, entendu qu'il peut y avoir précisément faute pour un médecin à ne pas se tenir au courant des acquisitions nouvelles d'une science et d'un art en perpétuelle évolution; il faut attirer l'attention des juges sur les risques d'une mission mal rédigée, d'une mission en termes vagues, et sur la nécessité de rédiger la mission des experts très soigneusement *en fait*, de rechercher si tels et tels moyens étaient suffisants, si d'autres moyens, plus modernes, eussent été mieux appropriés, s'ils devaient être connus du médecin assigné, ou si, à l'inverse, ceux qu'il a employés ou ordonnés étaient abandonnés depuis longtemps ou scientifiquement condamnables».

Section 8. La conservation des preuves

Il est essentiel que le médecin conserve ses dossiers, ses fiches qui pourront lui servir de moyens de preuve en cas de contestation (113). La conservation d'une pièce opératoire (par exemple un appendice enflammé, une biopsie) en anatomie pathologique est une mesure de prudence qui pourra, le cas échéant, permettre à un chirurgien de se disculper.

Citons un cas (114) qui illustre parfaitement ce qui précède: Une jeune femme fut traitée, en France, en 1944, pour un cancer du col utérin, d'abord par radiothérapie, puis par une opération qui lui sauva la vie. Quinze ans plus la tard, la patiente ouvrit action contre l'anatomo-pathologue qui avait établi le diagnostic de tumeur maligne au vu de la biopsie. La demanderesse considérait qu'étant encore vivante après quinze années, il ne s'agissait certainement pas d'un cancer. L'erreur de diagnostic de l'anatomo-pathologue aurait eu à son avis pour conséquence de lui imposer de longues séances de rayons ainsi qu'une opération mutilante inutile.

Homme remarquablement organisé, le défendeur retrouva les coupes de 1944 et put ainsi prouver qu'il s'agissait bel et bien d'un cancer dont la patiente avait effectivement guéri, ce qui n'est pas rare dans le cas d'une tumeur au col de l'utérus traitée à temps.

(113) ROSENSTIEL, FJS 846, p. 8; G. VOURC'H «La responsabilité civile de l'anesthésiologiste: L'expertise judiciaire en matière de responsabilité de l'anesthésiste», dans Anesthésiologie, numéro spécial N° 5, mai 1974, p. 307.

(114) La responsabilité du chirurgien, dans Médecine de France, N° 231, p. 13.

Chapitre X

Conclusions de la première partie

Section 1. Les réclamations des patients contre les médecins sont en constante augmentation

A) Les causes de cette augmentation

Au début du XIXe siècle, le corps médical a commencé par nier toute responsabilité en invoquant le caractère conjectural de la médecine (1). Il y a quelques décennies encore, personne ne se préoccupait vraiment des rapports de droit pouvant exister entre un médecin et ses patients (2); les procès en responsabilité contre des praticiens étaient d'ailleurs rares et les tribunaux n'avaient à juger en définitive que des maladresses évidentes ou des fautes grossières sautant aux yeux du profane (3).

Les progrès constants de la médecine sont loin de diminuer les risques d'accident, notamment parce que les actes médicaux sont toujours plus nombreux et plus audacieux; ils occasionnent ainsi une « extension presque brutale » du champ de la responsabilité du médecin (4) et les réclamations judiciaires ou extra-judiciaires des patients contre l'homme de l'art augmentent sans cesse (5) pour de multiples raisons:

1) L'efficacité des nouvelles techniques chirurgicales et la puissance des moyens thérapeutiques constamment perfectionnés rendent intolérable aux yeux

(1) THELIN, p. 15.
(2) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 3; FROGE, p. 19.
(3) BOYER CHAMMARD, p. 8.
(4) BRUNHES, pp. 12 et 47; BOYER CHAMMARD, p. 13; LOMBARD, p. 28; MALHERBE, p. 13; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 4; J. PENNEAU, Faute, erreur et responsabilité médicale, dans Instantanés Médicaux, janvier 1973, N° 1, p. 20.
(5) Les procès en responsabilité médicale ont doublé en France en moins de dix ans et ils augmentent d'environ 15% chaque année (LOMBARD, p. 28; BOYER CHAMMARD, pp. 8-9; « La responsabilité du chirurgien », seizième colloque de Médecine de France, N° 231, pp. 9-10).
BOYER CHAMMARD, p. 70, note cependant que la mise en cause de la responsabilité médicale est finalement rare eu égard au nombre considérable d'actes médicaux effectués chaque jour.

de beaucoup de patients un échec pourtant toujours possible, même dans le traitement d'une affection banale. A l'époque où l'on guérit la méningite et la septicémie, où la réanimation sauve des milliers de malades, le patient est enclin à exiger la guérison dans tous les cas. Le progrès scientifique a créé le mythe d'une médecine infaillible ayant une précision mathématique (6).

2) En outre, les découvertes médicales toujours plus audacieuses sont livrées en détail et avec complaisance au public par la voie de la presse, de la radio et de la télévision, ce qui éveille de faux espoirs chez les patients sans vraiment forger leur jugement (7). « La prise de conscience sanitaire » de la population est un événement essentiellement contemporain (8) et la vulgarisation fait perdre à la médecine le caractère « sacerdotal, hermétique, mystérieux et presque magique » qu'elle avait auparavant (9) et qui dispensait ceux qui la pratiquaient de rendre des comptes (10). Le praticien devient un simple « fournisseur » de services (11).

3) Le paiement de cotisations à la Sécurité sociale, « cette organisation de la sécurité des hommes devant le péril de la maladie », modifie la mentalité du patient et crèe chez beaucoup de nos concitoyens l'illusion d'un droit à la santé alors qu'il ne s'agit en fait que d'un droit aux soins (12).

4) Le développement généralisé des assurances privées incite l'individu à refuser le coup du sort et laisse à croire que le risque peut être banni de l'existence quotidienne. La sécurité médicale est une notion nouvelle que chaque malade exige (13).

5) La socialisation et la « commercialisation » de la médecine ainsi que son morcellement en spécialités de plus en plus nombreuses et étanches ont profondément modifié les conditions de son exercice et ont certainement contribué à créer un malaise chez le patient (14).

6) Depuis quelques années, l'acrimonie s'accroît vis-à-vis des professions libérales au point de devenir alarmante aux Etats-Unis (15).

7) Une tendance désormais générale consiste à trouver un responsable à tout accident dans quelque domaine que ce soit ; les « usagers » dans notre société dite de consommation estiment de plus en plus avoir droit à un certain nombre de protections contre l'insécurité, la fatalité, etc. (16).

(6) DEBRAY, p. 172; LOMBARD, p. 14; MALHERBE, p. 5; PENNEAU, op. cit., p. 20; « La responsabilité du chirurgien », seizième colloque de Médecine de France, pp. 10-11; « La responsabilité du praticien », dans Le Monde du 31 octobre 1972, p. 32.

(7) DEBRAY, pp. 12, 217-226; MALHERBE, p. 5; LOMBARD, p. 281; BOYER CHAMMARD, pp. 8 et 13; K. APPERT, « Le secret médical et les mass media », dans Bull. des Médecins suisses, N° 19 du 8 mai 1974, p. 729.

(8) DEBRAY, pp. 14 et 223.

(9) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 4; BOYER CHAMMARD, pp. 9-10.

(10) Ibid.

(11) BOYER CHAMMARD, pp. 10 et 13.

(12) BRUNHES, p. 19; MALHERBE, p. 5; SAVATIER, Traité, pp. 26-27; BOYER CHAMMARD, pp. 12, 66-67; DEBRAY, p. 14.

(13) THELIN, pp. 11, 108, 117; GILLIARD, Rapport, p. 199; J. PENNEAU, op. cit., p. 20.

(14) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 21; SAVATIER, Traité, pp. 25-27.

(15) BRUNHES, p. 193.

(16) « La responsabilité du chirurgien », seizième colloque de Médecine de France, p. 10.

8) Certains malades enfin pensent, à tort ou à raison, que la conscience professionnelle des médecins a tendance à diminuer, ceci d'autant plus que beaucoup de praticiens critiquent ouvertement leurs confrères devant leurs patients (17).

Cette évolution risque d'ouvrir, comme le souligne FROGE (18), « une ère judiciaire où chaque médecin s'expose à trébucher sur une alternative tragique qui le menace: guérir ou être condamné ».

B) La situation aux Etats-Unis (19)

Un climat de suspicion règne depuis plusieurs années dans les relations entre médecins et patients (20). Les poursuites intentées par des malades mécontents d'un traitement contre le corps médical sont devenues pratique courante aux Etats-Unis et l'ampleur du phénomène pose de graves problèmes (21) au point de créer une « crise nationale » menaçant l'exercice de la médecine (22). Selon les statistiques des assurances américaines, quarante pour cent des chirurgiens peuvent redouter d'avoir un procès au moins, au cours de leur carrière (23). D'autre part, les compagnies ont augmenté leurs primes de façon très sensible; certaines, ayant même purement et simplement renoncé à couvrir le risque médical, ont supprimé ce département de leurs activités (24). En outre, des spécialistes du contentieux et certains avocats spécialisés dans le domaine de la responsabilité médicale rôdent autour des hôpitaux ou des cliniques pour inciter les patients à agir contre leur médecin et à obtenir ainsi des avantages matériels auxquels ils n'auraient pas pensé (25).

C) Les catégories de médecins les plus visés

Le spécialiste est plus souvent mis en cause que le médecin de famille, encore considéré, sinon comme un ami, du moins comme un confident. La consultation chez le spécialiste s'est un peu « dépersonnalisée »; beaucoup de

(17) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 12; PHARAON, Introduction, p. III.

(18) FROGE, p. 5.

(19) Cf. LOMBARD, pp. 257-272; W. SCHWEISHEIMER, « USA: Defensive Medizin wegen häufiger Kunstfehlerklagen », dans Bull. des Médecins suisses, N° 1, du 5 janvier 1973, pp. 5-6; « Procès médicaux aux USA », dans Médecine et Hygiène, N° 1038 du 3 janvier 1973, p. 36; « Le chirurgien paralysé », dans Médecine et Hygiène, N° 1112, du 31 août 1974, p. 1304.

(20) BRUNHES, p. 193.

(21) Ibid.

LOMBARD, p. 256; le même auteur, p. 263, fait remarquer que des indemnités de 100.000 dollars et plus sont maintenant fréquentes.

(22) LOMBARD, p. 258.

Une commission d'enquête désignée par le Gouvernement américain a même demandé que les médecins soient astreints à repasser périodiquement des examens professionnels devant un jury auquel participeraient des représentants du public!

(23) LOMBARD, pp. 263-269.

(24) LOMBARD, pp. 268-269.

(25) BRUNHES, p. 193; LOMBARD, p. 265.

patients ont parfois l'impression qu'il s'agit d'un rapport d'affaires (26). Des psychologues américains, attachés aux compagnies d'assurances, ont examiné le cas des praticiens ayant fait l'objet de poursuites répétées alors qu'ils étaient aussi compétents que leurs confrères. Ils ont ainsi dessiné le « portrait-robot » du candidat au procès: « Un médecin parfait suivant les critères professionnels, mais dépourvu de toute chaleur humaine et de tout contact affectif avec ses malades. Ceux-ci ont toujours alors l'impression d'être traités comme de simples clients par un homme d'affaires (27). »

En outre, il faut relever que les chirurgiens, les gynécologues, les orthopédistes, les anesthésistes sont bien d'avantage en butte aux revendications de patients insatisfaits que les internistes, avant tout parce que l'intervention des premiers est directe, unique et constitue d'abord un acte technique (28).

Section 2. Le médecin et le juriste

Une relative incompréhension règne entre médecins et juristes. « Si les textes médicaux provoquent parfois une sorte de frémissement passionné chez les juristes, certains textes juridiques, certains jugements, déterminent souvent chez les médecins une égale fureur combative (29). »

Le juriste a tout loisir, dans le calme et le silence feutré de son cabinet, « de rechercher la conduite la plus adéquate, vu qu'il connaît d'ailleurs le danger puisque le résultat s'est déjà produit. Il y a divorce entre la réalité vécue et l'image post-fabriquée qu'en donne la lourde machine judiciaire: le défendeur a le sentiment que le jugement ne tient pas suffisamment compte de l'ensemble des circonstances » (30). En outre, le juge ou l'expert comprennent souvent mal, a posteriori, une situation médicale complexe, exigeant des décisions rapides, que le praticien a vécue, lui, à chaud, dans la fièvre de l'action, dans une constante incertitude et sous des pressions de tous ordres (31).

(26) BRUNHES, p. 201.

(27) BOYER CHAMMARD, p. 133; « Risque thérapeutique ou risque judiciaire? », dans Le Monde du 20 février 1974, p. 18.

(28) BOYER CHAMMARD, pp. 162-164; BRUNHES, p. 201; DE VILLE DE GOYET, p. 40.

Plus le malade est atteint gravement, moins il pense à juger ou à faire condamner son médecin (remarque du Prof. J.-P. BINET, dans l'article de « Le Monde » précité à la note 27, supra).

(29) DEBRAY, p. 175; BOYER CHAMMARD, p. 5, qui note que « les médecins, dans leur grande majorité, ont vis-à-vis du vocabulaire juridique une certaine répulsion... une barrière d'incompréhension réciproque s'est fréquemment dressée entre le médecin et le juriste ».

(30) GILLIARD, Rapport, p. 201.

BRUNHES, p. 192: « Au polymorphisme de l'accident thérapeutique, au caractère diachronique de la thérapeutique, à la complexité des facteurs qui y interviennent, répond le relativisme extrême de l'intervention judiciaire qui s'en tient à la causalité simple, aux relations binaires: telle cause a donné tel effet. »

(31) BRUNHES, pp. 69, 177, 191.

GILLIARD, Rapport, p. 200: « Le temps de la réflexion est, en quelque sorte, une des dimensions de la faute. »

BOYER CHAMMARD, pp. 106-107: « Souvent, médecins et chirurgiens, écrasés par des tâches considérables, comprennent mal qu'un moment de fatigue, qu'un instant d'inattention à l'origine d'une erreur de jugement ou d'une maladresse d'exécution soient considérées comme constitu-

Ainsi, les considérants du jugement paraissent souvent artificiels (31 bis) au médecin ; de plus, le praticien constate parfois que « des fautes d'égale gravité sont sanctionnées tantôt par une condamnation civile, sans portée répressive ni infamante, tantôt par des condamnations pénales maculant les casiers judiciaires et connaissant, en outre, une publicité bien plus large » (32).

Le médecin sait bien qu'il lui arrive de se tromper ; la nature particulière de l'acte médical le condamne à des erreurs quotidiennes. Nombre de ces erreurs ne présentent qu'un inconvénient minime. De temps en temps, l'une d'elles a de graves conséquences. Pour le juriste, c'est la faute ; pour le médecin, la malchance, l'accident statistiquement inévitable (33). N'oublions pas qu'un procès inconsidéré cause souvent au praticien un préjudice irréparable et un discrédit, même s'il est acquitté (34).

L'expert, lui, est la cible de toutes les critiques (35). Le juge, et surtout le patient, mettent en doute son objectivité et lui reprochent souvent de faire preuve d'une trop grande solidarité professionnelle à l'égard de son confrère mis en cause. En revanche, il peut arriver que l'expert soit un rival du défendeur dans le domaine professionnel. Un professeur à la Faculté de médecine, qui n'a pas toujours une grande pratique médicale, peut se montrer trop sévère face à

tives d'une faute capable de jeter sur la réputation d'un praticien honorable et consciencieux un regrettable discrédit. »

(31 bis) LOMBARD, pp. 13-14 : L'auteur fait remarquer que le médecin se demande de quel droit le magistrat, qui ne connaît rien à la médecine, se permet de le juger. « Qu'est-ce que cette justice qui tranche, blâme, apprécie, décide, donne des leçons, là où le médecin a passé des nuits à essayer d'y voir clair ?... Alors que le médecin a dû se déterminer face à la douleur, face à la maladie, face à la mort, brusquement le juge va introduire des critères complètement étrangers à ces préoccupations. Il va les lâcher comme une meute, parce que c'est son rôle de pénétrer dans la solitude d'autrui. Afin de se déterminer, lui aussi. »

(32) B RUNHES, p. 210 ; J. PENNEAU, p. 20 ; BOYER CHAMMARD, pp. 103, 107-108 ; H. OTT, « Une victime de fautes professionnelles souvent oubliée : le médecin », dans Bull. des Médecins suisses, N° 27, du 9 juillet 1975, pp. 1029-1031 ; « La responsabilité du praticien », dans Le Monde du 31 octobre 1972, p. 32.

(33) BRUNHES, p. 192.

(34) « Au médecin qui s'abstient, le juge reprochera son abstention et la sanctionnera même pénalement, ce qui ne l'empêchera pas de faire grief à tel autre médecin de s'être montré maladroit en employant le traitement négligé par son confrère » (BRUNHES, p. 192).

Des décisions, à partir d'un point de départ apparemment identique (plaie infectieuse, par exemple), sanctionnent chez un médecin l'abstention de recours à un sérum anti-tétanique et chez son confrère le résultat fâcheux découlant de l'usage de ce même sérum (BRUNHES, p. 203).

La Cour d'Appel de Paris a relaxé un anesthésiste, à la suite d'une explosion due à la détérioration d'un mélange air-cyclopropane provoquée par une décharge électrique, estimant « qu'on ne peut attribuer l'explosion à la négligence ou à une imprudence certaine de sa part ». En revanche, deux ans plus tard, le Tribunal correctionnel de la Seine (16e Chambre) a condamné le 8 janvier 1964, dans une affaire similaire, un anesthésiste à deux mois de prison avec sursis et à Fr. 2000.— d'amende, « parce que ce dernier, connaissant les risques, avait continué à administrer du cyclopropane alors que le chirurgien se servait d'un bistouri électrique » (Exemples cités par FROGE. p. 22).

(35) BRUNHES, pp. 194-201 ; LOMBARD, pp. 77-80 ; DE VILLE DE GOYET, pp. 8-9 ; H. OTT, « Une victime de fautes professionnelles souvent oubliée : le médecin », dans Bull. des Médecins suisses, N° 27, du 9 juillet 1975, p. 1030.

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 115, note 58 : « Demander à des hommes d'apprécier des actes qu'ils auraient pu accomplir ou accompliront demain, d'analyser et de critiquer une situation dans laquelle ils peuvent, d'un instant à l'autre, se trouver eux-mêmes, où la fatalité, souvent, a plongé un confrère, pose, devant l'opinion du justiciable, un problème délicat. »

un praticien privé en fixant des critères « théoriques et académiques ». Enfin, l'expert peut appartenir à une autre école que le défendeur et ne pas faire ainsi une expertise objective.

La seule solution consiste à tenter de rapprocher les points de vue dans un esprit de conciliation. « Le dialogue entre les médecins et les juristes ne doit pas être interrompu parce qu'il a permis, dans un effort de compréhension mutuelle, de dissiper certains malentendus qui risquent d'accompagner le droit médical (36). » A Lyon, par exemple, dans le cadre de l'Association Lyonnaise de Médecine Légale, existe un dialogue habituel depuis plusieurs années entre médecins, experts et magistrats. Ces études communes ont été fructueuses et ont permis de mieux comprendre les points de vue respectifs du juriste et du médecin (37).

Section 3. La médecine « défensive » (38)

La profession libérale — et plus particulièrement l'exercice de la médecine — exige « assez de liberté d'esprit pour pouvoir se décider à certaines hardiesses que paraît réclamer l'état du patient, sans que la science en garantisse la pleine efficacité » (39) et le pouvoir d'affronter des risques, de trancher rapidement et parfois souverainement, sans cette sorte de paralysie qui résulterait du poids constant d'une surveillance extérieure et de la méfiance du patient (40). Or, ces conditions sont loin d'être réalisées si le médecin agit sous la menace de voir qualifier de fautes ses moindres erreurs de conduite (41). En effet, la mise en cause régulière et systématique de la responsabilité médicale est de nature à développer une réaction de prudence extrême, voire de pusillanimité, et peut conduire le praticien à la médecine « défensive » — notamment à l'abstention thérapeutique — préjudiciable aux progrès de la science et à l'intérêt des malades eux-mêmes (42).

Dégager avant tout sa responsabilité ne peut être le premier commandement de l'action médicale ; la recherche d'un alibi, d'une parade, n'est certes pas

(36) DEBRAY, p. 176 ; MALHERBE, p. 17 ; BOYER CHAMMARD, pp. 70-71.

(37) MALHERBE, pp. 6 et 51.

(38) Cf., W. SCHWEISHEIMER, USA : « Defensive Medizin » wegen häufiger Kunstfehlerklagen, Bull. des Médecins suisses, N° 1, du 5 janvier 1973, pp. 5-6 ; « Le chirurgien paralysé », dans Médecine et Hygiène, N° 1112 du 31 août 1974, p. 1304.

(39) PHARAON, p. 53 ; DEBRAY, p. 40.

(40) SAVATIER, Traité, pp. 27 et 293 ; BOYER CHAMMARD, pp. 14 et 16 ; DE VILLE DE GOYET, p. 38.

(41) PHARAON, p. 53 ; MALHERBE, p. 78.

(42) BRUNHES, pp. 43, 182 et 192 ; LOMBARD, pp. 24-25 qui ajoute à la page 270 : « Le médecin risque de devenir un superconservateur. Il peut éviter l'usage du cobalt plutôt que de risquer une réaction à l'irradiation. Il peut se contenter de plâtrer une jambe plutôt que de tenter une incision ou la pose sur l'os de fixations qui pourraient hâter la guérison du malade. Il peut se refuser à prescrire des médicaments puissants et efficaces dans le seul but de se mettre à l'abri des rares cas de complications. On peut penser que cette attitude serait favorable au malade. En tant que chirurgien, je pense au contraire qu'elle serait fatale à l'exercice de la profession ».

la conduite idéale (43); cependant, on doit bien admettre qu'une trop grande sévérité des tribunaux amènerait le chirurgien «à se réfugier souvent dans une chirurgie palliative mineure pour ne pas avoir d'ennuis. On aboutit au paradoxe qu'à notre époque où l'accélération des progrès techniques permet au chirurgien d'aller au plus loin de son audace, celui-ci hésitera de plus en plus à dépasser le banal, dans la crainte légitime de se retrouver en justice» (44).

D'autre part, pour dégager sa responsabilité devant le juge, le médecin pourra être amené à multiplier les examens qui doivent préciser un diagnostic (45).

Le dilemme des praticiens est bien illustré par le cas suivant (46): «La banale injection de sérum anti-tétanique aux blessés de tous les jours expose très clairement ce problème. Chacun sait que ce sérum a ses indications et ses contre-indications, qu'il peut ne pas être anodin sur certains terrains sensibilisés. C'est au médecin d'en décider la prescription. Comment pèse-t-il le pour et le contre? Bien sûr en fonction des circonstances, de la blessure et de ce qu'il connaît du patient. Mais aussi sous la menace d'une action devant les tribunaux si, l'injection ayant été déconseillée, le tétanos survenait. Le sérum qu'il n'injecterait pas à son enfant, le médecin va le prescrire à son blessé pour se mettre à couvert; il y a là une influence indéniable d'une jurisprudence parfois trop étrangère au cas de conscience du médecin.»

Section 4. L'allégement de la responsabilité du médecin

La règle posée par l'art. 41 CO, établissant que tout fait quelconque d'un homme qui porte préjudice à autrui entraîne une responsabilité, doit s'appliquer à tous les justiciables, sans distinction de rang ni de profession. Ainsi, toute thèse retenant d'une façon ou de l'autre l'irresponsabilité ou la responsabilité partielle du médecin doit être rejetée, car elle aboutirait à la consécration d'iniquités

(43) DEBRAY, pp. 40 et 202; BRUNHES, pp. 204-205; MALHERBE, p. 81.

(44) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 335; «La responsabilité du médecin», seizième colloque de Médecine de France, p. 16.

BOYER CHAMMARD, p. 102, note que le patient risque de ne plus trouver devant lui que «des praticiens timorés pour lesquels l'exercice désormais routinier de leur métier sera une tentation pour échapper aux responsabilités».

La Cour de Cassation, dans son rapport (Paris, 1971-1972), rappelle que la multiplicité des procès devant les juridictions pénales ou civiles présente des dangers pour les patients eux-mêmes. Dans bien des cas, la possibilité de guérison ou de réussite ne peut résulter que de la prise de certains risques et, si ceux-ci doivent aboutir trop souvent à des poursuites, les praticiens ne tarderont pas à s'en tenir, dans tous les cas, à des thérapeutiques ou à des méthodes d'intervention qui, en excluant les chances de réussite en même temps que les dangers d'insuccès, ne pourraient procurer aux malades qu'un soulagement ou une rémission (cf. «La responsabilité des Médecins et chirurgiens», dans Médecine et Hygiène, N° 1141 du 26 mars 1975, p. 500).

(45) BOYER CHAMMARD, p. 115.

(46) J.-R. DEBRAY et R. VILLEY, «L'indépendance du médecin», Rapport au I^er^ Congrès International de Morale médicale, T. I, p. 89; Cf. aussi SAVATIER, Traité, p. 265, ainsi que la jurisprudence citée par l'auteur aux notes 128-130; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 245-246.

et, de plus, heurterait les notions les plus élémentaires du droit naturel, créant un avantage inadmissible au profit d'une corporation (47).

En outre, l'exercice de la médecine intéresse à un si haut niveau l'ordre et la santé publics qu'il serait dangereux pour la société d'ériger les médecins en catégorie professionnelle privilégiée (48). En effet, le malade confère au praticien des pouvoirs étendus et exorbitants du droit commun sur son corps, sa santé et sa personne (49). Il serait anormal que ces pouvoirs puissent être laissés au seul arbitraire du médecin sans une contre-partie équivalente de contrôle et de responsabilité (50).» Il y a précisément, entre l'accroissement des pouvoirs du médecin et celui des responsabilités médicales, un lien étroit et logique... Plus souveraine et plus décisive est la part du médecin dans le sort du patient, et plus s'impose un régime juridique sanctionnant sa responsabilité, car la responsabilité est le propre du maître (51).»

Enfin, à l'heure où les nombreuses applications des sciences et techniques à l'industrie ont obligé les juristes et les législateurs à étendre la notion de responsabilité — notamment en élargissant le champ d'application de la responsabilité objective — il serait absurde de restreindre cette responsabilité au profit d'une catégorie de citoyens (52).

Le juge doit protéger le patient sans décourager le médecin, ce qui est une tâche ingrate (53). Le particularisme de l'acte médical «justifie un aménagement des principes généraux du droit: on ne peut cependant en écarter complètement l'application» (54). Une jurisprudence trop sévère, nous l'avons vu à la section précédente, diminuerait l'esprit d'initiative, la hardiesse et l'indépendance du médecin. Une jurisprudence trop laxiste ou trop indulgente, en revanche, ne protégerait pas suffisamment le patient. C'est entre ces deux bornes que doit se situer l'appréciation de la responsabilité médicale. Il est donc nécessaire que les notions d'aléa, de conjecture, de nature particulière de l'acte médical, puissent intervenir en droit sans ouvrir cependant à certains le chemin d'excuses injustifiées ou trop commodes (55).

(47) LOMBARD, pp. 13, 135-136.

(48) POMMEROL, p. 16; BOYER CHAMMARD, p. 84; LOEFFLER, pp. 4-5, 56.

(49) PHARAON, p. 54; DEBRAY, p. 175; SAVATIER, Traité, p. 23; LOMBARD, p. 14; BOYER CHAMMARD, pp. 70-71.

(50) PHARAON, p. 54; SAVATIER, Traité, p. 291; LOMBARD, pp. 135-136; BOYER CHAMMARD, p. 71.

(51) BOYER CHAMMARD, p. 84.

(52) POMMEROL, p. 21; LOMBARD, pp. 14, 136-137.

(53) LOMBARD, p. 47.

(54) J. PENNEAU, p. 20; LOMBARD, p. 136; «La responsabilité du praticien», dans Le Monde du 31 octobre 1972, p. 32: M. Foyer, ancien ministre de la Santé du Gouvernement français, avait envisagé un dispositif selon lequel la victime d'un dommage d'ordre médical devrait nécessairement s'adresser à la juridiction civile avant de pouvoir recourir au juge pénal. Ce dernier ne pouvait intervenir que si le juge civil avait, au préalable, reconnu l'existence d'une faute professionnelle. Un tel système aurait certainement, sinon atténué la responsabilité du médecin français, du moins évité les plaintes pénales inconsidérées qui discréditent toujours le praticien.

(55) Cf., entre autres, J. PENNEAU, p. 47.

Section 5. La partie faible

La protection de la partie faible — c'est-à-dire la défense de l'un des contractants contre la supériorité de son partenaire présumé plus puissant — est au centre des dispositions impératives contenues dans la législation de ces dernières années (56). Cette «socialisation» de la législation ne manque pas d'influencer également les tribunaux.

La jurisprudence et la doctrine considèrent généralement que le patient représente la partie faible dans le contrat médical (57):

1) Le patient est un profane, ignorant pratiquement tout de la médecine et de sa maladie, face à un spécialiste, le médecin (58).

2) L'anxiété ou les souffrances provoquées par la maladie brouillent la lucidité du patient (59).

3) Le patient confie au médecin des pouvoirs étendus et exceptionnels sur son corps.

4) La victime (à part dans les accidents de circulation) est généralement plus faible économiquement que l'auteur du dommage; bien souvent, elle n'est pas assurée. «La pitié engage le juge à se montrer sévère pour le défendeur et indulgent pour le demandeur. Les conséquences sont évidentes: presque toujours, une faute est relevée à la charge de l'auteur (60).»

Section 6. Une loi spéciale est-elle nécessaire?

On peut se demander si le système du droit commun n'est pas inadapté et insuffisant à la solution des problèmes posés par la responsabilité médicale, notamment par la réparation des dommages toujours plus nombreux causés aux

(56) ENGEL, pp. 87-88.

Cf. l'art. 226c CO, permettant à l'acheteur dans le cas de vente par acomptes de déclarer pendant un délai de cinq jours au vendeur qu'il renonce à la conclusion du contrat qu'il a pourtant signé.

(57) PHARAON, pp. 135-136; SAVATIER, Traité, p. 22; GILLIARD, Rapport, p. 200; MUSTAFA, p. 91.

«Si l'égalité de droit entre le médecin et le patient subsiste, l'égalité de fait a disparu avec les conquêtes de la médecine moderne. Aucun subterfuge juridique, aucun mythe social, aucune hypocrisie ne peut masquer cette inégalité vivante des forces en présence, si bien que la seule définition à la fois sincère et humble des rapports médicaux s'exprime ainsi: Tout acte médical normal n'est, ne peut être, ne doit être qu'une confiance qui rejoint librement une conscience» (Louis PORTES, «A la recherche d'une éthique médicale», communications à l'Académie des sciences morales, P.U.F., pp. 155 ss.)

(58) BRUNHES, p. 193; SAVATIER, Traité, p. 224; BOYER CHAMMARD, p. 155.

RO 92 II 168, 176 = JdT 1967 I 130, 138: «Cette définition large de la notion d'inexpérience s'impose d'autant plus que le progrès rend les problèmes techniques toujours plus variés et compliqués, même dans la vie courante, de sorte que l'on est de plus en plus contraint de faire confiance à des spécialistes, sans pouvoir se représenter exactement la vraie valeur des services qu'ils offrent. La protection des parties contractantes doit suivre cette évolution (...) ... l'étendue de l'expérience générale d'un chacun se rétrécit toujours davantage au fur et à mesure que l'évolution se poursuit.»

(59) BRUNHES, p. 155. Cf. également, supra, note 245, chapitre III.

(60) GILLIARD, Rapport, p. 200.

malades et s'il ne faudrait pas trouver un correctif au système de la responsabilité civile tel qu'il ressort des dispositions légales existantes. La nature particulière de l'acte médical n'a-t-elle pas pour conséquence inéluctable le particularisme d'un droit médical adapté aux conditions éthiques, sociales et techniques de l'exercice de la médecine ? « Les cadres juridiques se trouvent distendus par le progrès de la science et par l'évolution sociale. Le droit maritime a depuis longtemps marqué ses distances d'avec le droit commercial dont il est issu. » Le droit aérien a également atteint son indépendance ; la circulation routière est régie par une loi spéciale (61). Certains se demandent dès lors si la responsabilité du médecin ne devrait pas se détacher du droit commun et faire elle aussi l'objet d'une loi spéciale.

Certes, la règle de droit ne s'adapte jamais immédiatement à une situation nouvelle, ni à des relations humaines inédites (62). C'est toutefois à la jurisprudence de rechercher dans les textes, même dépassés et incomplets, ou dans les principes généraux du droit, la solution des problèmes qui surgissent.

La prolifération des lois spéciales n'est pas opportune ; elle aboutit à des différences de réglementation alors que la responsabilité civile souffre déjà d'un manque de systématique (63). En outre, le droit qui n'est qu'un des aspects des rapports sociaux, n'épuise pas de tels rapports (64). « Codifier une matière en mouvement, c'est essayer de figer un métal en fusion qui n'a pas encore pris sa forme. Il y a des codifications auxquelles il faut savoir renoncer, du moins provisoirement (65). »

Section 7. Une juridiction professionnelle

Beaucoup de médecins, suisses ou étrangers, souhaitent le dessaisissement par les tribunaux ordinaires des causes médicales et la création de juridictions spéciales composées de médecins à l'instar des tribunaux administratifs ou de commerce. Le praticien serait ainsi jugé par ses pairs et ne relèverait que de la seule compétence disciplinaire des juridictions internes de l'Ordre (66).

Cette solution nous paraît devoir être rejetée. On peut en effet se demander si un juge laïc n'a pas finalement plus d'indépendance d'esprit pour arbitrer un conflit entre le patient et son médecin. En outre, on peut adresser à ces juges professionnels le même reproche de partialité qu'aux experts, soit qu'ils se montrent complaisants vis-à-vis du défendeur par solidarité professionnelle, soit au contraire qu'ils manifestent de l'hostilité envers tel confrère qui leur est antipathique ou dont ils ne partagent pas les théories.

(61) DEBRAY, p. 176 ; BRUNHES, p. 187.
(62) GILLIARD, Rapport, p. 218.
(63) Ibid.
(64) DEBRAY, p. 166.
(65) DEBRAY, p. 169, note 11.
(66) LOEFFLER, p. 60 ; LOMBARD, pp. 283-289 ; PHARAON, p. 138.

Section 8. La responsabilité objective

A) Pour la majorité des auteurs, la notion de faute contient, nous l'avons déjà vu (67), un élément psychologique et une appréciation morale de la conduite du débiteur. Toutefois, les progrès scientifiques et techniques ont augmenté l'occasion de causer des dommages à des tiers (68); aussi, le législateur a-t-il introduit dans notre droit de nombreuses lois spéciales prévoyant une responsabilité causale, indépendante de toute faute.

La notion de faute est alors remplacée par celle de risque créé ou de risque inhérent à un genre d'activité. Certes, l'exercice de toute profession ou de toute entreprise fait courir des risques aux tiers; certaines activités créent cependant des risques spéciaux. Dans ces cas, on a estimé plus équitable, contrairement à la règle générale, de mettre les risques à la charge de « celui qui agit » (69).

La responsabilité objective correspond à une tendance socialisante et satisfait ceux que « choque la liaison évidente entre la morale et le droit dans la théorie classique, ceux qui répugnent à voir le juge peser par la pensée, l'acte de l'auteur, son intention, sa culpabilité » (70). On admet que l'accident devient un élément statistiquement normal de l'activité ou de l'entreprise et que le risque se réalise inévitablement de temps à autre: la garantie remplace la sanction (71). Sur le plan pédagogique comme sur le plan juridique, la faute n'a pas une presse unanimement favorable. La recherche de la faute n'a pas toujours une portée éthique indiscutable; le critère tiré du blâme paraît un peu dépassé (72).

Les devoirs que l'évolution technique impose à chacun dans « le maniement ou l'utilisation d'instruments ou d'engins plus ou moins quotidiens » s'expriment en termes de compétence, de savoir-faire, d'habileté, d'entraînement, et leur méconnaissance n'est pas nécessairement un signe d'oblitération du sens moral (73). Il peut y avoir faute sans la moindre idée de culpabilité. Ces

(67) Cf., supra, note 4, chapitre VII.

(68) GILLIARD, Rapport, p. 205: « La responsabilité aquilienne est née à une époque où la vie était simple, les techniques traditionnelles, les dangers bien connus. Aujourd'hui, le progrès crée de nouvelles occasions de fautes. Il faut souvent beaucoup de temps pour que les dangers présentés par une machine ou une substance soient clairement aperçus. Parce que la science multiplie les pouvoirs de l'individu, les risques se trouvent, eux aussi, accrus. »

(69) PENNEAU, pp. 20 et 46; ENGEL, p. 303; GILLIARD, Cours polycopié, p. 101.

Cl. HERMAN, « Responsabilité médicale en anesthésie-réanimation », p. 5, dans Encyclopédie Médico-Chirurgicale, Paris 36.995, C10: « Dans la théorie du risque, on met l'accent sur la victime considérée comme un faible et non plus sur l'auteur du dommage, le fort. Il s'agit de protéger la victime sans se préoccuper de l'attitude de l'auteur. Cette théorie repose sur le raisonnement suivant: celui qui agit doit supporter les conséquences de ses actes, s'il tire profit de son activité, la réparation des dommages qu'il peut causer doit être à sa charge. Il doit supporter les risques de son action. Cette théorie a pour but d'indemniser les victimes innocentes sans que pour cela la justice soit obligée de toujours découvrir un coupable. »

Cf. aussi THELIN, pp. 116-119: Le jour où les accidents thérapeutiques seront couverts par une assurance, la responsabilité du médecin sera devenue causale.

(70) BRUNHES, p. 176.

(71) PENNEAU, p. 46.

(72) BRUNHES, p. 188; CUENDET, p. 122; ENGEL, p. 312.

(73) B. MEAN, De la responsabilité civile à l'assurance accident, dans JdT 1949 I 233.

deux notions ne sont pas forcément semblables: ne dit-on pas d'un joueur de bridge ou d'échecs qu'il a commis une faute en jouant tel coup malencontreux (74)?

Rappelons enfin que la responsabilité objective ne s'applique que si elle est expressément prévue par un article du code ou par une loi spéciale (75).

B) Certains auteurs (76), notamment TUNC, proposent d'abandonner purement et simplement la faute comme fondement de la responsabilité médicale au profit d'une notion plus objective, le risque. Il s'agit de protéger le patient contre toutes les insuffisances de la science médicale, contre le cas fortuit, contre les possibilités d'anomalie qu'il assume à l'heure actuelle en responsabilité subjective. L'assurance, que devrait obligatoirement souscrire le médecin (77), couvrirait automatiquement tous les résultats anormaux des traitements et des inter-

(74) CUENDET, p. 110.

Le temps de réflexion est une des dimensions de la faute; plus le responsable avait la possibilité de considérer tous les éléments de la situation, plus la faute est grave (toutes choses étant égales d'ailleurs). Or, une quantité d'engins nécessitent une grande rapidité de réaction (pas uniquement dans le domaine de la circulation routière); si une personne a environ 1/4 de seconde pour décider de la meilleure manœuvre et qu'elle se trompe, peut-on parler de faute au sens moral?

C'est là d'ailleurs l'élément grotesque de certains procès en matière de circulation routière: des experts étudient pendant des semaines pour savoir quelle était la meilleure solution alors que le conducteur n'avait, lui, qu'une fraction de seconde pour décider.

(75) ENGEL, p. 304.

(76) CAZAC, «Rôle des Assureurs dans les accidents d'anesthésie», p. 291, dans Anesthésiologie, Numéro spécial, «La responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste», N° 5, mai 1974.

Rapport de A. TUNC au 2e Congrès International de Morale Médicale, Travaux I, pp. 41 ss.; Communication de MM. MOUREAU et DELNOI, au même Congrès, T. II, p. 353; «Vœux de la Confédération des Syndicats Médicaux» dans Le Concours Médical, Informations, N° 44 du 14 novembre 1972, p. 7; R. SAVATIER, «Sécurité humaine et responsabilité du médecin», D. 1967, Chron., p. 35, N° 67; Rouen, 4 juillet 1966, JCP 1967, II, 15 272, note R. SAVATIER; Françoise LEYMARIE, «Anesthésie et Responsabilité civile des Médecins en clientèle privée», pp. 19-20, dans Cahiers d'Anesthésiologie N° 1, janvier-février 1975; BRUNHES, pp. 208-210; KORNPROBST, Resp. du Médecin, p. 13; CUENDET, p. 127; FROGE, p. 30; BOYER CHAMMARD, pp. 106-109.

STARCK, cf. notamment sa thèse «Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée», Thèse Paris, 1947; G. CORNU: «Etude comparée de la Responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public», Thèse, Paris, 1951, et notamment les remarquables pages finales sur «l'obligation de sécurité et le droit à la Sécurité», op. cit., pp. 273 ss.; en ce qui concerne le Prof. TUNC, voir notamment: «Garde du comportement et garde de la structure dans la responsabilité du fait des choses inanimées», JCP 1957 I 1384; «La détermination du gardien dans la responsabilité du fait des choses inanimées», JCP 1960 I 1952; «Sur un projet de loi en matière de circulation», Rev. Trim. de Droit Civil 1967, pp. 82 ss., et en matière médicale son rapport sur «La responsabilité civile des Médecins au IIe Congrès International de Morale Médicale, Paris, mai 1966. Ordre National des Médecins, pp. 23 ss.; G. VINEY: «Le déclin de la Responsabilité individuelle», Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence 1965.

Cf. GILLIARD, Rapport, p. 206; A. TUNC, «L'enfant et la balle. Réflexions sur la responsabilité civile et l'assurance», dans JCP 1966 I 1983; du même auteur, «La sécurité routière. Esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation», Paris 1969.

(77) BOYER CHAMMARD, pp. 112-113: «Evoquons l'idée de certains assureurs qui, a priori, est originale. Il serait question que les malades puissent souscrire une «assurance thérapeutique» comme on prend une assurance en matière de circulation. A la limite le malade prendrait un «ticket» d'assurance avant une opération, comme un homme d'affaires avant un départ en avion.»

ventions chirurgicales (par référence à l'assurance de l'automobiliste), autrement dit, tous les préjudices découlant de l'action thérapeutique du praticien, même quand l'accident n'est pas imputable à un comportement fautif de l'homme de l'art.

Le système préconisé par TUNC dispenserait le patient d'établir, en présence d'un résultat anormal, s'il s'agit d'un impondérable inhérent à l'art médical ou s'il s'agit d'une faute du praticien; la victime ne se trouverait plus devant le problème très délicat de la preuve de la faute du médecin (78).

De son côté, le médecin, bien assuré, serait déchargé du discrédit et des soucis que cause un procès, qu'il soit justifié ou non (79). Le projet TUNC se heurte en revanche à des obstacles qui en rendent la réalisation difficile:

1) Le coût d'un tel système serait très élevé. En effet, la possibilité d'indemniser tous les préjudices anormaux découlant de la thérapeutique ouvrirait la porte à un grand nombre de demandes constituant une lourde charge financière (80).

2) Sur le terrain de la prévention, le système de la responsabilité pour faute demeure la meilleure des garanties pour le malade à une époque où la science met entre les mains des médecins des pouvoirs redoutables (81).

3) L'idée socialisante de la responsabilité objective contient en germe le risque d'une étatisation. L'assurance prévue par TUNC serait vite rendue obligatoire par l'Etat, comme l'assurance automobile, et elle finirait probablement par devenir une assurance d'Etat comme l'assurance-invalidité.

4) Quel dommage sera qualifié d'anormal? En une matière aussi complexe et difficile que la thérapeutique, donner une définition du résultat anormal apparaît une œuvre d'une extrême difficulté (82).

(78) BRUNHES, pp. 210-211; Cl. HERMAN, Responsabilité médicale en Anesthésie-Réanimation, dans Encyclopédie Médico-Chirurgicale, Paris 36 995, C10, p. 5; BOYER CHAMMARD, p. 110.

(79) BRUNHES, p. 210; Cl. HERMAN, op. cit.; BOYER CHAMMARD, op. cit, p. 110.

(80) BRUNHES, pp. 211-212; BOYER CHAMMARD, pp. 111-112.

(81) B RUNHES, pp. 213-214.

(82) BRUNHES, pp. 215-216; CAZAC, «Rôle des Assureurs dans les accidents d'anesthésie», p.·291, Anesthésiologie, numéro spécial, «La Responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste», N° 5, mai 1974.

(83) W. YUNG, p. 429, «Principes fondamentaux et problèmes actuels de la responsabilité civile en droit suisse», colloque Franco-germano-suisse sur les fondements et les fonctions de la responsabilité civile, Bâle 1968.

Cf. aussi PACHE, p. 64; BOYER CHAMMARD, p. 67; MALHERBE, p. 78.

(84) OSER et SCHOENENBERGER, N° 14, ad art. 97; BECKER, N° 57, ad art. 97: VON TUHR, pp. 325 et 512; OFTINGER, I, p. 121; MAZEAU/TUNC, N° 368 ss. et 665.

Françoise LEYMARIE, «Anesthésie et Responsabilité civile des Médecins en clientèle privée», pp. 19-20, dans Cahiers d'Anesthésiologie, N° 1, janvier-février 1975, ainsi que la nombreuse jurisprudence citée par l'auteur.

(85) BRUNHES, p. 214.

BRUNHES, p. 189, qui cite, à la note 309, TUNC, Rapport, p. 25, 2e Congrès international de morale médicale.

G. VINEY, «Le déclin de la responsabilité individuelle», Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1965, estime que la responsabilité individuelle, malgré la socialisation de la répara-

C) Il demeure cependant, *hic et nunc,* que « le principe de la faute est un moyen parmi d'autres, somme toute contingent, de contenir la responsabilité civile dans les limites raisonnables, vu les besoins sociaux et les conceptions morales régnantes » (83). La plupart des auteurs ainsi que les tribunaux admettent le rôle de la faute comme fondement indispensable de la responsabilité civile médicale (84). Ils estiment notamment que, sur le terrain de la prévention, le système de la responsabilité fondée sur la faute demeure la meilleure des garanties pour le malade, même s'il est moins efficace sur le plan de la réparation (85).

tion protectrice des intérêts des victimes reste irremplacée dans sa fonction de répression et de prévention des fautes dommageables.

BOYER CHAMMARD, pp. 114-117. Du même auteur, pp. 106 et 110: La faute paraît la condition même de la grandeur de la profession médicale exercée dans la liberté.

Françoise LEYMARIE, « Anesthésie et Responsabilité civile des Médecins en clientèle privée », pp. 19-20, dans Cahiers d'Anesthésiologie, N° 1, janvier-février 1975.

Deuxième partie

La description de l'acte opératoire [1]

De la première consultation à la sortie de la clinique.

(1) Afin de ne pas alourdir inutilement le texte de cette partie qui n'est pas juridique, nous citons nos références uniquement en bibliographie générale: Claude d'ALLAINES, Histoire de la chirurgie, P.U.F., Paris 1967; Jean LOYGUE et Michel MALAFOSSE, Chirurgie générale, N° 10a, Ed. FOUCHER, Paris 1970; Sylvain BLONDIN, L'acte chirurgical, Librairie Hachette, 1972; Encyclopédie medico-chirurgicale, Editions techniques, Paris; Cours post-gradués du Département d'Anesthésiologie, Hôpital Cantonal, Genève.

Nous tenons à souligner les précieux conseils et les informations de plusieurs praticiens — chirurgiens ou anesthésistes — qui nous ont permis de rédiger le texte de cette II[e] partie.

Introduction

La profession médicale et chirurgicale est si polymorphe et si complexe qu'il est difficile d'énumérer ou de classer de manière diachronique les activités d'un praticien. Toutefois, comme en toutes choses humaines, il y a un cycle habituel et normal que connaissent généralement les rapports du médecin avec chacun de ses patients et que nous voulons décrire, dans cette deuxième partie, pour mieux suivre par la suite les développements de la jurisprudence et de la doctrine ainsi que les solutions qu'elles proposent.

Nous allons retracer à grands traits les principales phases de l'acte médico-chirurgical : la première consultation, l'entrée en clinique, les préparatifs de l'opération, l'acte opératoire proprement dit, ses suites et, enfin, la sortie de clinique du malade.

La description de ce processus nous fournira également l'occasion d'expliquer le sens de nombreuses expressions techniques et nous dispensera de revenir, dans la suite de l'ouvrage, sur la signification de termes médicaux dont usent abondamment la jurisprudence et la doctrine sans toutefois en donner une définition.

Nous ne pourrons évidemment pas être complet, ni envisager toutes les variantes possibles d'actes médicaux ou d'opérations. C'est pourquoi nous avons choisi de relater une opération *élective* (non urgente), assez *classique,* en l'occurrence une *laparotomie* (toute ouverture de l'abdomen : appendicectomie, colécystectomie, donc ablation de la vésicule, tumeur intestinale, césarienne, hystérectomie totale, etc...). Dans notre hypothèse, cette opération est pratiquée sous *anesthésie générale* intraveineuse avec respiration contrôlée par un *médecin anesthésiste* dans une *clinique privée moderne.*

Comment le médecin est-il amené à intervenir ? Nous envisagerons trois hypothèses :

a) Une personne ressent des *troubles de la cénesthésie*. Elle ne se sent pas bien ou constate des signes qui l'inquiètent (du sang dans l'urine par exemple) : ce sont les signes subjectifs de la maladie. Cette personne s'adresse à un médecin car elle se sait ou se croit malade.

b) Une personne, bien qu'elle ne ressente aucun trouble, se rend toutefois chez le médecin pour *subir un contrôle* (check-up), périodique ou non, à des fins essentiellement préventives.

c) Une personne ne va pas d'elle-même chez le médecin, mais y est *amenée par un tiers* (parent, tuteur, voisin, passant, agent de police, etc...), soit parce qu'elle a perdu connaissance (blessé de la route, coma), soit parce qu'elle est mineure et n'a pas encore le discernement, soit enfin parce qu'elle est débile.

Nous aurions pu mentionner encore les cas où l'intervention du médecin est *imposée par la loi* (vaccin obligatoire, prise de sang effectuée sur un automobiliste soupçonné d'ivresse au volant) et ceux où elle est rendue nécessaire par l'obligation d'obtenir un *certificat* destiné à l'employeur, à une assurance-vie, à l'état civil.

Chapitre I

La consultation

Pour simplifier le processus que nous allons décrire maintenant, nous admettrons que le patient se rend directement chez un chirurgien alors que la plupart du temps, dans la pratique, il a consulté d'abord son médecin de famille ou un généraliste qui le renvoie ensuite chez un chirurgien.

Nous employerons donc, dans les pages qui suivent, indifféremment les termes de *médecin,* de *chirurgien* ou de *praticien.*

A) Généralités

Le chirurgien procède en premier lieu à un examen du patient dans son cabinet ou éventuellement à domicile et réunit le plus d'informations possibles sur le malade et sur son affection ; il consigne ses constatations dans un dossier afin d'être à même plus tard de reconstituer en quelques instants l'observation du patient.

B) L'anamnèse

Avec l'aide du malade, le médecin établit l'anamnèse qui consiste en un interrogatoire minutieux : « histoire médicale » du patient (maladies précédentes notamment), description par celui-ci des divers symptômes subjectifs qu'il a personnellement pu observer (fatigue, douleurs, insomnie, diminution de l'appétit, etc...). Le médecin s'intéresse aussi aux particularités de son malade, (âge, sexe, profession, situation sociale et milieu familial, etc...) ainsi qu'aux éventuels antécédents héréditaires et naturellement aux traitements déjà subis. Tous ces renseignements peuvent être donnés par l'entourage du patient lorsque ce dernier n'est pas en état de les fournir lui-même (coma, jeune âge, débilité).

C) L'examen clinique du patient (ou status)

En écoutant les explications ou les plaintes du patient au cours de l'anamnèse, le médecin s'est souvent déjà fait une idée plus ou moins précise de l'affection dont pourrait être atteint celui qui le consulte. Afin de vérifier son hypothèse et d'établir un diagnostic, le praticien procède à un examen clinique du

malade dans le but de déceler des symptômes objectifs grâce à une observation attentive (palpation, percussion, auscultation, etc...).

D) Les examens techniques

Fréquemment, les symptômes constatés par le médecin grâce au seul examen clinique ne lui suffisent pas pour poser un diagnostic sûr et précis. Le praticien recourt alors à l'aide que lui fournissent notamment le laboratoire et la radiologie ; il demande, par exemple, des analyses d'urine, du sang et des selles ainsi que divers examens radiographiques, endoscopiques (examen optique des cavités) ou anatomo-pathologiques (par exemple une biopsie, c'est-à-dire le prélèvement de fragments de tissus destinés à un institut d'histologie lorsqu'il y a suspicion de tumeur). Ces multiples investigations — et nous en avons mentionné une partie seulement — ne répondent pas à un désir de pseudo-science du médecin, mais, bien choisies, elles permettent de vérifier, d'affiner et parfois d'établir le diagnostic. Ces divers examens techniques ne remplacent évidemment ni le colloque singulier, ni le sens clinique ou l'expérience du praticien ; ils ne sont que des auxiliaires du médecin. Précisons encore que toutes ces recherches peuvent être simplifiées, voire même écartées en cas d'urgence. Dans ce cas, le diagnostic précis ne peut être que « soupçonné » : l'indication de l'opération n'est pas douteuse, l'état de nécessité la rend pressante et décide le chirurgien à renoncer à l'aide que lui apportent normalement les examens de laboratoire et de radiologie.

E) Le diagnostic

Assemblant toutes les informations qu'il a désormais en main (anamnèse, examen clinique et examens techniques), le praticien pose alors un diagnostic. Le diagnostic est une des étapes les plus importantes et les plus délicates de l'acte médical. C'est une opération de l'esprit qui compare, interprète, ordonne et hiérarchise les signes, les symptômes et les données diverses dans une synthèse constructive qui aide à identifier la maladie et ses causes, à déterminer son stade évolutif, à pronostiquer le sens de son évolution, à peser les facteurs de bénignité ou de gravité, à prévoir les raisons de craindre ou d'espérer, à juger des forces de résistance du malade, etc...

Malheureusement, le même symptôme peut appartenir à diverses maladies. Dans ce cas, le médecin établit un *diagnostic différentiel* éliminant peu à peu, à l'aide d'examens divers et de moyens d'investigations que la science met à sa disposition, les affections relevant du même symptôme pour finalement aboutir, si possible, à une seule maladie. Le diagnostic différentiel est en somme un processus par exclusion.

Il faut également noter que la classification des affections est parfois floue, que les maladies ne se présentent pas dans la réalité comme dans les livres, avec des symptômes et des signes bien ordonnés, nets et complets. Même le médecin

le plus compétent et le plus consciencieux peut commettre une erreur de diagnostic.

F) Le pronostic

Après avoir établi son diagnostic, le médecin va émettre une prévision concernant le déroulement et l'issue probable de la maladie. Il s'agit là d'une tâche médicale d'importance. Un bon pronostic est fondé sur un diagnostic exact, sur une expérience et une connaissance profondes des causes des maladies et des différents facteurs susceptibles de jouer un rôle dans le décours de l'affection. Le pronostic est indispensable pour prendre des mesures adéquates et pour juger de l'urgence plus ou moins grande du cas. Le pronostic a divers objets : il peut se rapporter à la guérison de la maladie (*quoad valetudinem*), à la durée plus ou moins grande de celle-ci (*quoad tempus*), à la menace qu'elle présente éventuellement pour la vie du patient (*quoad vitam*), au degré de « restitutio ad integrum ».

G) La thérapeutique en général (le traitement)

La thérapeutique est cette partie de la science médicale qui a pour objet l'étude des moyens employés pour prévenir les maladies, les guérir si possible, rétablir la santé d'un organisme atteint, pour contrôler et diminuer les méfaits de l'affection au cas où la guérison n'est pas possible. C'est donc la raison d'être de la médecine.

Le traitement poursuit généralement un double but :

— Supprimer la douleur et l'inconfort physique et psychique du patient.

— Rétablir les organes dans leur structure et leur fonction normale ou, tout au moins, leur faire retrouver une structure ou une fonction se rapprochant autant que possible de la normale.

La médecine offre de nos jours une gamme de moyens multiples, médicamenteux ou chirurgicaux, pour le traitement de chaque maladie. Cette diversité laisse au médecin la liberté de choisir la thérapeutique qui, selon lui, est la plus propice.

H) L'indication opératoire

Nous admettrons, vu le sujet de notre thèse, que le trouble dont souffre le patient est justiciable de la chirurgie ; le chirurgien pose donc une indication opératoire.

L'indication est l'ensemble des motifs qui, en fonction des données cliniques, des apports de l'expérience et des particularités du cas donné, orientent le choix du médecin au moment de décider de la thérapeutique. Les qualités personnelles, le talent et la compétence du chirurgien ont l'occasion de s'exprimer par la détermination de l'indication dont la justesse contribuera à l'efficacité du traitement. Le choix d'une indication adéquate exige du chirurgien une connaissance approfondie de la médecine, une grande expérience acquise au cours de

nombreuses et pénibles années de stages après l'obtention du diplôme fédéral (dix à quinze ans) et perfectionnée ensuite dans la pratique par un entraînement incessant et une formation continue. Parmi tous les modes de traitement, le choix de la chirurgie doit être soigneusement pesé et mûrement réfléchi. La décision opératoire, une fois l'étape diagnostique franchie, appartient en propre au chirurgien et à lui seul. Le praticien ne tient pas seulement compte du diagnostic, mais aussi de l'état général du patient, de son psychisme, des précautions à prendre pendant l'opération et des conséquences que celle-ci peut avoir sur l'organisme du malade. Le chirurgien, depuis quelques décennies, s'est assagi : Il se demande si son patient est opérable et s'interroge sur ce qu'il pourra raisonnablement faire ; il ne propose plus d'emblée la salle d'opération.

I) L'information et le consentement du patient

Lorsqu'il a posé l'indication opératoire, le chirurgien, dans un langage simple et clair, informe son patient sur le type d'opération qu'il préconise, sur ses risques, sur le résultat escompté, la durée du séjour en clinique et la longueur de la convalescence. Il jugera jusqu'à quel point son malade est apte à supporter la vérité quand le diagnostic est grave. Il cherche enfin à obtenir le consentement de celui-ci au traitement envisagé.

Chapitre II

L'entrée en clinique du patient et les soins pré-opératoires

A) Généralités

Le consentement du malade étant acquis, patient et chirurgien conviennent de la date de l'intervention selon les disponibilités de la clinique (programme opératoire, chambres libres) où travaille habituellement le praticien. Le chirurgien prend alors contact avec l'établissement hospitalier pour réserver la salle d'opération au jour fixé, pour annoncer le type d'opération et pour retenir une chambre correspondant, dans la mesure du possible, aux vœux de son patient.

Il peut arriver que le futur opéré souhaite être endormi par tel anesthésiste qu'il connaît déjà. En outre, le chirurgien prendra parfois directement contact avec l'anesthésiste afin de le renseigner sur le cas avant l'entrée en clinique du patient.

Lorsque la réservation est confirmée, la clinique, de son côté, met en œuvre son personnel paramédical, son équipement et prévoit une diététique appropriée au type d'opération annoncée par le chirurgien.

Le patient entre le plus souvent en clinique la veille de l'opération, en fin d'après-midi. Une infirmière le prend en charge, le conduit dans sa chambre et le prie de s'aliter. Puis elle le prépare, selon le type d'opération qu'il doit subir; certaines pratiques sont de routine (rasage par exemple); d'autres sont expressément indiquées par le chirurgien lors de la réservation (pose d'un goutte à goutte, régime particulier, etc...). Le cas échéant, le personnel de laboratoire et de radiologie de la clinique procède aux examens requis par le chirurgien.

Il est évident qu'en cas d'urgence tout ce processus est accéléré et que certaines étapes sont même supprimées.

B) La visite pré-opératoire du chirurgien

En fin de journée, le chirurgien visite encore son patient afin de l'examiner une dernière fois avant l'opération, non seulement au point de vue de l'affection locale à traiter, mais encore pour s'assurer de la réalisation des conditions

d'ensemble qu'implique l'opération. Il vérifie que l'état général du patient permette d'entreprendre un acte chirurgical, notamment qu'il n'y ait aucune contre-indication (par exemple un état fébrile).

Parfois le chirurgien discute du cas avec l'anesthésiste prévu pour endormir le patient et ils prennent ensemble — du moins si, comme c'est généralement le cas, l'esprit de collaboration entre ces deux spécialistes est bon — certaines dispositions nécessaires, surtout lorsqu'il s'agit d'un malade en mauvais état de santé ou d'une opération délicate.

C) La visite pré-opératoire de l'anesthésiste

Selon son importance et surtout d'après le nombre de ses salles d'opération, chaque clinique s'attache la collaboration d'un ou de plusieurs anesthésistes attitrés.

L'anesthésiste prévu pour le programme de la salle où le malade sera opéré le lendemain vient normalement, la veille au soir, voir le patient. L'examen pré-opératoire est une pratique courante et d'ailleurs une excellente habitude : c'est le premier contact entre le malade et le médecin qui va l'endormir, ce qui leur permettra de faire connaissance. Cette visite a plus d'importance pour l'anesthésiste que pour le chirurgien qui connaît bien son patient, qui l'a déjà examiné dans son cabinet et l'a soumis à diverses investigations cliniques.

La visite pré-opératoire de l'anesthésiste vise en général six objectifs :

1) Sur le plan juridique, tout d'abord, *elle crée un lien contractuel entre le patient et l'anesthésiste*. Quoique ce contrat soit tacite, il n'en existe pas moins. Généralement, l'anesthésiste, à la différence du chirurgien ou du médecin de famille, n'est pas choisi par le malade. Toutefois, le futur opéré peut refuser l'anesthésiste que lui propose la clinique, même si l'hypothèse se réalise rarement. C'est également au cours de cette visite pré-opératoire que l'anesthésiste sollicitera le consentement du patient à l'anesthésie.

2) L'anesthésiste établit *l'anamnèse* du patient, notamment en ce qui concerne sa spécialité, et l'interroge sur ses expériences anesthésiques antérieures (psychisme, allergie à certaines drogues, etc...). Puis il *examine cliniquement* l'état physique du malade en fonction :

— de l'opération projetée,
— de la durée et de la difficulté de l'intervention chirurgicale,
— des éventuelles complications post-opératoires.

Il contrôle le fonctionnement des grands appareils du patient (cœur, poumons, foie, reins...) et il recherche les particularités physiologiques et pathologiques du futur opéré. Souvent, l'anesthésiste remplit encore une *fiche d'anesthésie* qui lui sera utile ultérieurement.

3) L'anesthésiste assure la *préparation psychologique du patient*. Le malade, pour qui l'opération est un événement important, une véritable rupture dans sa vie quotidienne, se sent souvent perdu et abandonné, isolé dans un lit de clinique. Il est anxieux et doit donc être réconforté, notamment par une information suffisante pour le rassurer, mais pas trop détaillée afin de ne pas augmenter son angoisse.

4) *L'anesthésiste prépare l'organisme du futur opéré à supporter les bouleversements liés à l'anesthésie aussi bien qu'à l'acte chirurgical lui-même.* Il rééquilibre les fonctions rénales, cardiaques, respiratoires, un diabète éventuel, il corrige une anémie, etc... pour présenter au chirurgien un patient qui soit dans les meilleures conditions de santé possibles. L'anesthésiste, qui prend en charge le malade, va jouer en quelque sorte le rôle d'un interniste, recourant parfois aux conseils d'autres confrères (urologues, néphrologues, cardiologues ou diabétologues). Notons qu'en cas d'urgence, les malades ne seront pas véritablement examinés par l'anesthésiste; ils seront souvent en état de choc et l'équilibre devra « se réaliser à chaud ».

5) *L'anesthésiste choisit le mode d'anesthésie et les agents anesthésiques.* Les statistiques sont trop divergentes et l'organisme de chaque opéré trop personnel pour permettre de fixer le risque inhérent aux divers modes d'anesthésie ou aux différents produits utilisés. Le choix dépendra notamment du type d'opération, de sa gravité et de sa durée, de l'état de santé du patient, de la compétence et de l'expérience de l'anesthésiste.

6) La *prémédication* fait partie intégrante de l'anesthésie et se fonde, entre autres, sur les constatations cliniques effectuées par l'anesthésiste au cours de sa visite pré-opératoire. Ce dernier tiendra compte notamment du poids, de l'âge du futur opéré, de ses habitudes (tabac, boissons alcooliques, etc...).

La prémédication vise quatre buts essentiels:

— La sédation et le sommeil: il faut calmer et préparer psychologiquement le patient à l'opération, réduire son anxiété et sa tension grâce à certaines drogues.
— La diminution du métabolisme basal et de l'irritabilité réflexe.
— L'élévation du seuil des perceptions douloureuses.
— La diminution des sécrétions salivaires et la neutralisation des propriétés toxiques de certains anesthésiques.

Pour prémédiquer le patient, l'anesthésiste dispose d'une gamme de produits administrés par voie orale, anale ou intramusculaire et de tranquillisants. Hormis le cas d'urgence, l'omission de la prémédication est généralement considérée comme une négligence de la part de l'anesthésiste.

En quittant le patient, l'anesthésiste donne à l'infirmière des ordres pour la nuit: il prescrit, par exemple, un somnifère et la prémédication qui sera administrée le lendemain matin, environ une heure avant l'opération; il recommande également au personnel d'étage de garder le malade à jeûn cinq ou six heures avant l'opération.

Puis l'anesthésiste donne son feu vert au chirurgien (« le permis d'opérer »): le malade est apte à supporter l'anesthésie. On n'hésite pas à renvoyer une opération élective; en revanche, en cas d'urgence, chez un malade en mauvais état général, la décision d'opérer est une estimation délicate: il faut mettre en balance le risque opératoire et le bénéfice escompté de l'opération.

Chapitre III

Bloc opératoire, personnel de salle, instruments et appareils

A) Le bloc opératoire

Alors que le patient, encore en chambre, subit l'effet de la prémédication, le personnel de salle prépare le bloc opératoire qui est un ensemble de locaux groupés, séparés totalement de ceux réservés à l'hospitalisation. Le bloc opératoire est généralement composé de la salle d'opération proprement dite (ou des salles d'opération) destinée à recevoir le chirurgien et ses collaborateurs, ainsi que des pièces annexes:

— Une salle d'anesthésie jouxtant la salle d'opération.
— Une salle de réveil où le patient restera parfois quelque temps après l'opération sous la surveillance de l'anesthésiste ou d'un de ses auxiliaires qui pourront ainsi parer à toute éventualité.
— Une salle de stérilisation des instruments.
— D'autres locaux utilisés par le chirurgien et ses aides pour se changer, c'est-à-dire pour quitter leurs vêtements de ville et revêtir une tenue spéciale: chemisette, pantalon, souliers de toile, calotte, masque et paire de bottes. C'est également là que le chirurgien et son assistant se laveront, se désinfecteront les mains et enfileront ensuite une casaque stérile et ample ainsi que des gants en caoutchouc fins et souples.

La salle d'opération est généralement climatisée, maintenue à une température et une humidité idéales pour le patient et pour l'équipe chirurgicale; l'air est également stérilisé. L'asepsie sera rigoureusement établie, contrôlée et rétablie après chaque opération à l'intérieur du bloc.

B) Le personnel de salle

Un groupe d'hommes et de femmes masqués et vêtus d'uniformes ad hoc travaille dans la salle d'opération autour du chirurgien, chacun s'appliquant à une tâche bien définie: c'est *l'équipe*.

Le personnel du bloc opératoire est très varié. Il y a d'abord *l'instrumentiste en chef,* une infirmière chevronnée, qui organise le programme opératoire et répartit le travail entre ses subordonnées.

Les instrumentistes sont des infirmières qualifiées. Elles se chargent de disposer sur une table les instruments nécessaires à l'exécution d'une opération, puis de passer ces instruments au chirurgien ou à son assistant tout au long de l'intervention, de replacer ceux qui sont inutilisés sur la table, de maintenir celle-ci en ordre et de veiller à l'approvisionnement permanent en compresses, tampons, matériel de suture, etc... En France, les instrumentistes portent le titre de panseuses.

Les *aides* sont des auxiliaires qui déchargent les instrumentistes d'une partie de leur travail.

Les *garçons de salle* transportent sur des chariots roulants les patients de leur lit à la table d'opération, puis les ramènent en chambre à la demande de l'anesthésiste, une fois ladite opération terminée.

Il y a enfin une *équipe de nettoyeurs*.

C) Instruments et appareils de la salle d'opération

L'importance de l'instrumentation est capitale en chirurgie. Les instruments du chirurgien se sont multipliés; la matière dont ils sont faits (généralement acier spécial et inoxydable) ainsi que leur forme sont presque identiques dans le monde entier. Ils varient naturellement selon le genre d'opération, mais on peut tout de même les classer en plusieurs catégories:

1) *Les instruments coupants, les ciseaux et le bistouri*

Le *bistouri* moderne est muni d'une lame mobile, de forme et de taille variée, qu'on jette après usage: il permet l'incision.

Le *bistouri électrique* sert notamment à pratiquer l'hémostase (arrêt de l'hémorragie grâce à des ligatures) puis à l'électrocoagulation.

2) *Les instruments de rétraction,* tels les écarteurs, servent à récliner les bords de la plaie, à saisir et à écarter les tissus pour dégager la lésion. Certains écarteurs sont «autostatiques»: ils sont maintenus par un système de crémaillères ou accrochés par traction à des cadres fixes.

3) *Les instruments de striction,* notamment les pinces hémostatiques, arrêtent le saignement des vaisseaux.

4) *Les pinces à disséquer* écartent, soulèvent et séparent les tissus, surtout dans les cavités profondes.

5) *Les aspirateurs* dégagent le champ opératoire du sang et des liquides épanchés.

6) *Les instruments et le matériel de suture, de ligature* comprennent divers types d'aiguilles et de fils contenus dans des sachets stériles prêts à l'emploi; certains fils se résorbent dans l'organisme, tel le catgut, alors que d'autres, en nylon ou en lin, placés sur les plans superficiels, doivent être ôtés quelques jours après l'opération.

7) *Le matériel de pansement et de drainage* comporte des mèches de gaze, des compresses, des linges qui sont tous stériles.

Les champs en toile (ou ceux en papier qui se jettent après l'opération) sont d'abord destinés à recouvrir le corps du malade, puis à border la plaie. Ce sont des draps stérilisés, de dimensions variées, qui servent à limiter, à isoler et à pro-

téger cette région. *Le champ opératoire,* c'est d'abord la zone de la peau que le chirurgien incise au début d'une opération. Par extension, c'est aussi l'ensemble des organes et des tissus qu'on peut apercevoir à travers l'incision quand les bords en sont écartés.

8) *Les vêtements spéciaux et stériles* (bonnet, masque, blouse, tablier, bottes et gants) sont tous revêtus par le chirurgien et son assistant, alors que l'instrumentiste et l'anesthésiste n'en utilisent qu'une partie, de même que toute autre personne qui pourrait être en contact avec la plaie opératoire.

9) *La table d'opération,* métallique, facile à nettoyer, comporte des commandes mécaniques ou électriques permettant de modifier sa hauteur et de lui faire subir à volonté des mouvements d'inclinaison déclive, proclive ou latérale afin de mettre l'opéré dans la position adéquate, selon le genre d'opération et la région à opérer. Le tablier de la table est donc divisé en trois parties, les deux parties extrêmes étant généralement mobiles.

Enfin, la table d'opération est munie d'un système de fixations confortables pour l'opéré (cuissards, épaulières, bracelets de fixation des poignets munis de caoutchouc mousse) afin d'éviter toute compression des membres relâchés au cours de l'anesthésie.

10) *L'éclairage électrique* est donné par un ensemble de phares orientables et mobiles, les *scialytiques,* suspendus au plafond, juste au-dessus de la table d'opération de façon à ne créer aucune ombre, ce qui est très important surtout quand le chirurgien travaille dans une cavité profonde.

Tout l'éclairage de la salle d'opération est généralement connecté à un groupe autogène de la clinique qui entrera immédiatement en fonction en cas de panne générale de courant.

Il faut encore mentionner la *lumière «froide»*, surajoutée, notamment la lampe frontale utilisée par le chirurgien pour tous les examens endoscopiques.

11) *Les médicaments et les désinfectants* nécessaires à l'opération.

12) *La table et les appareils de l'anesthésiste :*

— *L'appareil d'anesthésie* fournit les gaz et l'oxygène.

— Le *respirateur* (par exemple l'Engström) permet la respiration contrôlée.

— Les *«monitorings»* sont de véritables ordinateurs qui permettent, grâce à des électrodes posés sur certaines parties du corps, de surveiller les patients endormis ou soumis à une réanimation. Ils effectuent des électrocardiogrammes, ils contrôlent la tension, le pouls, la respiration, bref tous les paramètres nécessaires aux fonctions vitales essentielles.

— La *table de l'anesthésiste* avec ses divers instruments, canules, laryngoscopes, seringues, drogues, etc.

Chapitre IV

Le processus opératoire

Section 1. Les ultimes préparatifs

Admettons que l'opération que nous allons brièvement décrire, une laparotomie, débute à huit heures du matin (« coup de bistouri » à huit heures).

La veille au soir, les instrumentistes ont préparé les instruments et le matériel nécessaires à l'opération envisagée. Elles ont contrôlé le bon fonctionnement des appareils, la désinfection et l'aménagement de la salle. En outre, elles tiennent compte des habitudes de chaque chirurgien qui sont souvent consignées dans un « cahier ». De son côté, l'anesthésiste aura commandé le sang, déjà groupé et préparé par le laboratoire.

A sept heures du matin environ, l'infirmière d'étage réveille le patient et lui administre la prémédication prescrite la veille par l'anesthésiste. Puis le malade, qui a été rasé, revêt une chemise spéciale d'opéré.

Section 2. Induction et installation du patient sur la table d'opération

A) *L'instrumentiste* se lave alors les mains, prépare la table d'opération, endosse une blouse stérile et attend le chirurgien et l'anesthésiste.

L'anesthésiste, de son côté, est arrivé à la clinique vers sept heures trente environ ; il sera le premier membre de l'équipe chirurgicale au chevet du futur opéré. Il prépare les produits nécessaires pour endormir le patient et jette un dernier coup d'œil sur son dossier. Il donne alors l'ordre au garçon de salle d'aller chercher le malade dans sa chambre. Ce dernier, calmé par la prémédication, est transporté sur un chariot roulant jusqu'au bloc opératoire (généralement dans une pièce voisine de la salle d'opération pour lui épargner la vision de ce local). Il est installé sur la table d'opération et il est prêt à être endormi.

Le chirurgien vient encore échanger quelques propos avec son patient et, le cas échéant, il s'assurera une dernière fois de son consentement.

L'anesthésiste, pour sa part, rassure le patient et vérifie à nouveau la présence et le bon fonctionnement de ses instruments et de ses appareils (tube, ballon, raccord, laryngoscope). Il contrôle la position du patient sur la table d'opération.

B) L'anesthésiste procède alors à l'*induction* (deuxième phase de l'anesthésie après la prémédication) c'est-à-dire à l'« endormissement » du patient à l'aide d'un anesthésique « starter » qui consiste, souvent chez l'adulte, en une injection intraveineuse, pratiquement indolore, dans l'avant-bras (par exemple du penthotal). La perte de conscience, très rapide (quelques secondes), n'est accompagnée d'aucun sentiment pénible d'agitation ou d'angoisse. L'anesthésiste veille à ne pas se tromper de vaisseau, donc à ne pas injecter le barbiturique dans une artère au lieu d'une veine.

C) Le « starter » est généralement suivi d'une injection de *curare à action brève* qui provoque immédiatement un relâchement musculaire entraînant par conséquent l'arrêt de la respiration. Pendant qu'il injecte le curare, l'anesthésiste applique donc simultanément un masque à oxygène et « pompe » l'arrivée de ce gaz. Dès que le malade cesse de respirer par lui-même et que l'oxygène arrive directement dans ses poumons grâce à la pression manuelle de l'anesthésiste sur un ballon, le praticien doit alors rapidement *intuber* le patient.

D) Pour pouvoir passer de la respiration spontanée à la respiration contrôlée, l'anesthésiste introduit une *sonde endotrachéale* par la bouche et le larynx du malade à travers ses cordes vocales jusqu'aux bronches ; c'est grâce à cette sonde que le mélange gazeux (généralement : oxygène-protoxyde d'azote) pourra pénétrer à l'intérieur des poumons du malade. L'intubation se pratique à l'aide d'un *laryngoscope* (instrument composé d'un manche contenant une pile, muni d'une lame destinée à abaisser la musculature de la langue et doté d'une ampoule minuscule éclairant la cavité).

L'intubation est une manœuvre toujours délicate, parfois même très difficile, selon la conformation particulière de la gorge de chaque patient. De plus, elle doit être effectuée très rapidement (surtout chez le vieillard ou chez l'enfant) car, privé d'oxygène, le cerveau se dégrade en quelques minutes et les dégâts sont irréversibles, ce qui peut, à la limite, entraîner une décérébration du patient.

E) Un certain nombre d'*accidents* — qui ne constituent d'ailleurs pas tous des fautes professionnelles — peuvent malheureusement se produire au moment de l'induction et plus particulièrement lors de l'intubation.

F) Une fois l'intubation effectuée, l'anesthésiste *vérifie* grâce à son stéthoscope la *position correcte de la sonde* dans la trachée. Il s'assure que le ballonnet situé à l'extrémité du tube soit gonflé et garantisse ainsi une étanchéité totale. Il contrôle enfin, avec sa main, que la respiration contrôlée s'effectue normalement.

G) L'anesthésiste connecte alors le tube au *respirateur ou à un ballon* (qu'il actionnera par compression manuelle régulière).

H) Le malade est maintenant endormi, intubé et ventilé; l'anesthésiste peut «arrimer» le tube. Le patient est conduit dans la salle d'opération où *il est définitivement fixé sur la table dans la position qu'implique le genre d'opération.* De la bonne qualité de l'installation dépendent le confort de l'opéré et l'aisance du chirurgien. Le malade, selon les cas, sera placé par exemple sur le dos, sur un côté ou sur le ventre. Dans la pratique, l'installation correcte du malade sur la table incombe à l'anesthésiste qui devra notamment surveiller la protection et la position des membres relâchés afin d'éviter toute compression de nerfs qui pourrait entraîner des parésies passagères, voire une paralysie définitive d'un membre. On fixe donc les poignets, on cale les épaules et on immobilise les membres inférieurs, mais sans brutalité, grâce à des gaines protectrices, souvent en caoutchouc mousse; on place généralement un bras le long du corps, sur la table, l'autre bras servant à l'anesthésiste, notamment pour l'injection de ses drogues et pour le contrôle du pouls et de la tension.

I) Lorsque le patient est installé sur la table, on applique une *plaque fonctionnant comme prise de terre pour le bistouri électrique,* sous un membre assez éloigné de la zone opératoire pour éviter que le liquide de désinfection (le chirurgien va en effet badigeonner la région où il incisera la peau) ne provoque des brûlures en coulant sur cette plaque. Il incombe à l'instrumentiste de choisir correctement l'endroit où elle placera ladite plaque.

J) L'anesthésiste pose encore des *aiguilles* (notamment des canules intraveineuses, par exemple des intracats) qui resteront en place quelques heures, parfois plusieurs jours, ainsi qu'une *perfusion* éventuellement remplacée ultérieurement par du sang en cas d'hémorragie abondante.

K) L'opéré étant en respiration contrôlée, l'anesthésiste doit encore *approfondir l'anesthésie* obtenue par le «starter» initial, sinon le réveil du patient serait inévitable.

L) L'approfondissement, puis l'entretien de l'anesthésie sont obtenus par trois catégories de produits gazeux ou liquides:
— des *anesthésiques* qui maintiennent le sommeil, donc l'inconscience;
— des *analgésiques* pour l'insensibilité;
— des *curarisants* qui sont des myorelaxants (relâchement de la musculature) à action prolongée.

Mentionnons enfin que les phases de l'intubation, de la vérification de la position correcte du tube, de la connexion de ce tube au respirateur, de l'installation du patient sur la table, de l'approfondissement de l'anesthésie, que nous avons décrites de manière diachronique — et nous ne pouvions pas faire autrement — sont en fait pratiquement simultanées.

Section 3. L'opération proprement dite

Le patient endormi et installé sur la table est alors dévêtu afin d'exposer la zone opératoire qui sera dégraissée et désinfectée à grands coups de badigeon.

Le chirurgien et son assistant sont maintenant habillés de manière stérile. On recouvre le patient de champs stériles et on délimite à l'aide de draps plus petits, également stériles, le champ opératoire. L'anesthésiste prend alors place derrière les épaules du patient, au-delà des champs opératoires.

L'opération commence par l'incision de la peau et du tissu sous-cutané. Le bistouri électrique a tôt fait de juguler le saignement par une hémostase. Les différents plans sont ouverts méthodiquement, dans un ordre rigoureux, pour arriver finalement au péritoine, à la cavité abdominale proprement dite. Une fois le péritoine incisé, on met en place un écarteur, généralement autostatique. Le chirurgien travaille maintenant dans cette cavité qui reste calme sous l'effet du curare; il peut, sans hâte, rechercher la lésion qu'il va opérer.

Chaque type d'opération est soumis aux mêmes règles et se déroule, grosso modo, de la même façon dans tous les pays du monde où se pratique une médecine moderne et correcte. Sous l'influence des stages, des congrès, des publications et des voyages d'études, les techniques se sont répandues; les opérations ne sont plus des procédés secrets. En outre, elles sont codifiées; elles se déroulent selon un protocole précis. Les modalités matérielles de leur exécution sont déterminées à l'avance de telle sorte que le personnel connaît parfaitement sa tâche et que l'instrumentation nécessaire au bon déroulement de l'acte opératoire ne fait l'objet d'aucune incertitude et n'est pas laissée au hasard.

Toute opération requiert une attention et un soin méticuleux de la part du chirurgien. C'est un ensemble de gestes rigoureusement contrôlés, une série d'actions manuelles qui peuvent ressembler à une escrime prestement menée mais qui résultent en fait de décisions réfléchies. Même en face de l'imprévu, l'improvisation sera le fruit d'une longue expérience, qui assurera la précision et la promptitude du geste ainsi que la douceur de la main. Toutefois, malgré la codification des opérations, chaque chirurgien, selon son tempérament, son école, son expérience, aura une technique et une manière de procéder qui lui sont propres.

Dans l'accomplissement de sa tâche proprement opératoire, le chirurgien sera aidé d'abord par un assistant qui est un précieux collaborateur. Il récline les organes, écarte les chairs, éponge le sang avec des compresses et présente les fils à l'opérateur ou fait lui-même certaines sutures.

L'instrumentiste, de son côté, tend rapidement et à propos les instruments nécessaires au chirurgien et à son assistant; elle assure le déroulement d'une opération sans heurts et silencieuse; ses connaissances scientifiques lui permettent de comprendre les diverses opérations pratiquées et d'en saisir les incidents possibles. A son tour, une *aide de salle* ou « tournante » décharge l'instrumentiste de certaines tâches secondaires.

Pendant que chirurgien, assistant et instrumentistes s'affairent autour du champ opératoire, l'anesthésiste est à son poste. Il va continuellement intervenir par petites touches, par doses minimes sur l'opéré pour entretenir l'anesthésie à

la limite du réveil, dans un équilibre délicat et instable. Il surveille le rythme cardiaque, la respiration, le débit d'oxygène ; il contrôle le pouls, la coloration du teint de l'opéré,il observe les réflexes oculaires. Une infime anomalie dans un des processus vitaux de l'opéré et le chirurgien a devant lui un corps différent. En quelques secondes, le sang mal oxygéné devient noir ou alors ce sera la tension qui s'effondrera. Posant sans cesse une série de diagnostics, l'anesthésiste va veiller en permanence au « rééquilibrage » du patient en fonction des phases de l'opération. Il est prêt à dépister les premiers symptômes de défaillance et à intervenir grâce aux nombreux moyens dont il dispose (médicaments, gaz, liquides, oxygène, etc...).

Il arrive parfois que l'anesthésiste se transforme en réanimateur ce qui lui permet de tirer d'affaire un opéré mal en point. Il faut encore mentionner que les appareils les plus modernes, tels que le monitoring, ne dispensent pas l'anesthésiste d'exercer une surveillance personnelle et permanente.

Enfin, il doit connaître le processus opératoire afin d'adapter son anethésie non seulement aux particularités du patient et à la nature de l'opération, mais également à ses diverses phases les plus importantes.

Parfois, une situation clinique grave (par exemple un abdomen aigu) a forcé la main du chirurgien et l'a contraint à ouvrir son patient en urgence. Le status opératoire confirmera alors une des hypothèses que le chirurgien avait émises lors de l'établissement de son diagnostic différentiel.

L'opération ne comporte pas nécessairement une ablation ; elle peut viser à rétablir une fonction perturbée par un obstacle mécanique ; il arrive que l'avis de l'anatomo-pathologue soit nécessaire pour déterminer si l'opération doit être « élargie » ou non (biopsie extemporanée, c'est-à-dire examen rapide d'un tissu donnant, déjà en cours d'opération, une réponse au chirurgien). Lorsque le diagnostic est certain, l'ablation est effectuée d'office ; la pièce opératoire est soumise à l'examen de l'institut d'anatomie pathologique.

Une fois terminé le travail du chirurgien dans la cavité abdominale (résection et anastomose digestive, ablation d'un calcul, exérèse d'organe), l'opérateur ferme les plans dans l'ordre inverse de leur ouverture ; il commence par le péritoine après avoir contrôlé encore qu'il n'a oublié ni compresses, ni corps étrangers dans l'abdomen et il termine par la peau. Une cicatrice sera la plupart du temps le seul souvenir que le patient conservera de son opération.

L'anesthésiste décurarise alors le patient et surveille avec soin la reprise de sa respiration spontanée. Si l'anesthésiste a utilisé une technique correcte, conforme aux données actuelles de la science, l'opéré se réveille déjà, dans la majeure partie des cas, sur la table d'opération. Il reprend conscience, il est en tout cas capable d'exécuter les ordres les plus simples. Le réveil n'est plus aussi désagréable qu'il l'était il y a vingt ans encore. Une fois la respiration spontanée rétablie, les liquides remplacés, l'anesthésiste extube le patient (il lui ôte sa sonde endo-trachéale). Puis ce dernier est placé sur un chariot pour être alors reconduit soit dans la salle de réveil proche de la salle d'opération soit dans sa propre chambre, selon les circonstances.

Chapitre V

Les suites post-opératoires

La période post-opératoire dure quelques jours. La qualité de la surveillance et des soins post-opératoires entre pour une large part dans le résultat final heureux de l'intervention chirurgicale. L'opéré se trouve en effet généralement dans un état de plus grande fragilité ; toute négligence peut avoir de graves conséquences pour le patient. L'examen du malade une ou deux fois par jour par le chirurgien, l'assiduité de l'anesthésiste et la présence d'une infirmière expérimentée sont d'une importance capitale.

Section 1. Le réveil complet de l'opéré

Une fois l'opération terminée, la surveillance du réveil de l'opéré incombe à l'anesthésiste. Il y a peu de problèmes si la fin de l'intervention coïncide avec la récupération des réflexes et la reprise de la conscience. Mais le réveil complet n'est pas toujours possible immédiatement. Le patient qui sort de la salle d'opération effectuera alors un passage de quelques heures dans la salle de réanimation ou dans une salle de réveil, proche de la salle d'opération.

Partout où un travail chirurgical intense exige la présence permanente de l'anesthésiste en salle d'opération, il y aura nécessité pratique de confier la surveillance de l'opéré aux soins d'auxiliaires dès la sortie de la salle d'opération. De toute façon, en cas de complications, l'anesthésiste reste atteignable.

L'infirmière qualifiée qui est sous ses ordres surveillera le patient jusqu'à ce qu'il puisse être autonome (respiration, reprise de la conscience, etc...) et que son état ne donne plus d'inquiétude ; elle appellera l'anesthésiste à la moindre alerte.

Section 2. Le retour en chambre de l'opéré

Dès que le malade a repris conscience, il est véhiculé, sans heurts, par l'anesthésiste ou par un de ses aides depuis la salle de réveil ou la salle d'opération jusqu'à sa chambre. Sa perfusion veineuse et les raccords de drainage

éventuels ne doivent être soumis à aucune traction intempestive pendant ce trajet. L'opéré est alors installé convenablement dans son lit.

En outre, le patient est accompagné de son dossier qui contient notamment le status opératoire (mention et description de l'opération subie) ainsi que la feuille d'ordres du chirurgien et de l'anesthésiste pour les heures qui vont suivre.

Section 3. La période post-opératoire

A) **A qui incombent les soins post-opératoires** (1)?

La surveillance du patient dans les heures qui suivent l'opération est indispensable; comme l'opération proprement dite, elle nécessite un travail d'équipe.

Les problèmes cardio-respiratoires, les problèmes de liquides et de calmants sont habituellement du ressort de l'anesthésiste, généralement pendant les premières quarante-huit heures dès la fin de l'opération. Le chirurgien est responsable de tout le reste, notamment des complications éventuelles (hémorragies, iléus, etc...)

Il est toutefois très difficile de délimiter les tâches post-opératoires respectives du chirurgien et de l'anesthésiste; c'est un problème controversé dont la solution dépend en grande partie d'une bonne entente entre le chirurgien et l'anesthésiste. Considérant que l'opéré est «leur» malade, certains chirurgiens estiment que les soins post-opératoires relèvent de leur seule compétence.

B) **Les tâches du chirurgien**

A l'heure actuelle, la science permet de prévoir une grande partie des accidents post-opératoires et fournit des techniques efficaces pour y porter remède. Après l'opération, le chirurgien prescrit personnellement les soins spécifiques qu'imposent l'état particulier de chaque malade et le type d'intervention pratiquée; il veille à leur exécution.

Toutefois cette obligation se limite aux soins relatifs à l'intervention elle-même et ne s'étend pas aux soins purement hospitaliers, généralement de routine, qui ne sont pas la conséquence directe de l'opération et qui relèvent de la clinique.

L'opération étant une «agression», le chirurgien rétablira, dans la mesure du possible, le statu quo ante, compte tenu des changements anatomiques et physiologiques apportés par l'opération. Pour ce faire, il peut s'adjoindre des médecins spécialisés ou le laboratoire; l'anesthésiste peut également agir comme réanimateur.

(1) Cf., infra, III[e] partie, Chap, IV, Sect. 12.

La période post-opératoire proprement dite implique la surveillance des fonctions vitales, notamment l'équilibre thermique, l'équilibre respiratoire et l'équilibre cardiovasculaire. La température, le pouls, la tension artérielle, etc. sont soigneusement et quotidiennement notés sur un graphique. On est attentif à l'apparition de symptômes anormaux (par exemple vomissements) ou au retard dans la reprise du transit digestif. La thérapeutique post-opératoire comprend, dans les cas courants, les éléments suivants:

— Le lever précoce du patient lorsqu'il présente des avantages.
— La prophylaxie de l'infection.
— Les pansements, l'ablation des fils cutanés et la surveillance des drainages.

La perfusion est maintenue jusqu'à la reprise de l'alimentation normale, ce qui varie beaucoup d'une opération à l'autre, d'un patient à l'autre et d'un médecin à l'autre.

Lorsque le traitement présente des risques particuliers ou un caractère inhabituel, la surveillance du traitement sera plus rigoureuse et plus attentive.

C) Le chirurgien doit donc être atteignable

L'obligation de surveillance implique de ne pas abandonner son malade. Une fois l'opération terminée, tout chirurgien consciencieux et prudent se préoccupe de son patient et donne les indications nécessaires pour les soins courants. Le chirurgien reste atteignable. Toutefois, au cas où il devrait s'absenter pendant les suites post-opératoires, le chirurgien désigne un remplaçant qui peut accourir en cas de complications et auquel il transmet le dossier du patient.

Section 4. Les complications post-opératoires

La plupart des suites opératoires sont à l'heure actuelle simples et bénignes.

Les complications qui peuvent toutefois se produire sont un ensemble de symptômes, de manifestations pathologiques qui surviennent chez un opéré dans les heures qui suivent l'intervention et qui sont souvent imprévisibles (nausées, vomissements, accélération du pouls, élévation de la température, infection, hémorragie...). En fait, ces complications peuvent être inhérentes à l'affection, à l'opération, à l'état général du patient ou encore à l'aléa qui entoure tout acte médical. Ce sont surtout aux âges extrêmes de la vie (enfants et vieillards) que les suites opératoires comportent des particularités. Toute intervention chirurgicale peut entraîner des réactions d'ordre chimique ou biologique groupées sous le nom de *choc* post-opératoire: ces complications sont de plusieurs types et il n'est pas dans notre propos de les énumérer ici.

Section 5. La sortie de clinique et la convalescence

La responsabilité du chirurgien dans les suites post-opératoires cesse en principe avec la sortie du malade de clinique, sauf dans les cas où des consé-

quences un peu plus lointaines exigent des explications et sa participation au traitement.

La responsabilité du chirurgien peut se trouver engagée par une sortie trop hâtive du malade de la clinique. En effet, le chirurgien qui donne l'*exeat* sous sa responsabilité, peut négliger d'examiner attentivement l'état de l'opéré ou bien manquer au devoir d'assistance qui lui imposait de prolonger le séjour en clinique du patient ou de s'assurer personnellement que les soins nécessaires pouvaient être donnés à domicile. Avant d'autoriser son patient à quitter la clinique, le chirurgien l'avertit des prescriptions à suivre et des précautions à prendre. En outre, il convoque, le cas échéant, le patient à son cabinet pour une ou plusieurs visites de contrôle. Lorsqu'il estime que le traitement est terminé, l'opérateur adresse le patient, muni d'un procès-verbal de l'opération et de ses suites, à son médecin traitant dans la mesure où il en avait déjà un.

Troisième partie

La répartition des responsabilités à raison de l'acte opératoire

Chapitre I

Les participants à l'acte opératoire (1)

« L'évolution de la médecine, le recours à des techniques de plus en plus variées et difficiles à mettre en œuvre, l'accroissement constant des connaissances obligent à une spécialisation de plus en plus approfondie du médecin (2). » Les progrès spectaculaires accomplis par la chirurgie au cours des années récentes ne sont pas, comme ceux du XIX[e] siècle, le fruit d'une ou de deux découvertes majeures, telles que l'anesthésie ou l'asepsie. Au contraire, ils résultent d'une accumulation de perfectionnements relativement mineurs dont beaucoup sont dus à d'autres disciplines. A mesure que l'art pouvait devenir plus complexe, il devenait en même temps plus étroitement tributaire d'autres spécialités médicales, d'un appui technique et d'un appareillage très élaboré (3).

L'action thérapeutique est, de nos jours, l'œuvre simultanée ou successive de plusieurs personnes. L'équipe médicale s'est substituée à la personne d'un médecin ; le praticien n'est souvent plus en mesure d'établir seul le diagnostic et d'assurer le traitement du patient sans le concours de nombreux confrères, d'instituts spécialisés (radiologie, laboratoire) et d'auxiliaires paramédicaux, surtout lorsqu'il s'agit d'une maladie grave nécessitant des soins particuliers en hôpital ou en clinique privée (4).

La notion d'équipe chirurgicale s'est imposée. Le chirurgien n'est plus le potentat omniscient d'autrefois ; il doit s'entourer de collaborateurs (5).

Section 1. Notion et composition de l'équipe chirurgicale

Un groupe d'hommes et de femmes travaille dans la salle d'opération autour du chirurgien, chacun s'appliquant à une tâche bien définie ; on peut

(1) PHARAON, p. 75 ; SAVATIER, Traité, pp. 23-24 et 373-374 ; DEBRAY, pp. 42-46.

(2) BOYER CHAMMARD, p. 240.

(3) Cf. Documenta Geigy : « La sécurité en chirurgie ».

(4) SAVATIER, Traité, p. 24 ; BRUNHES, pp. 47 et 57 ; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 399 ; BOYER CHAMMARD, pp. 171-172 ; FROGE, p. 77 ; MARCOUX, Droit médical et Déontologie, p. 120.

BOYER CHAMMARD, p. 240 : « Il en résulte que les soins donnés au malade deviennent souvent, dans les cas graves, une œuvre collective... Il en est ainsi principalement dans le domaine de la chirurgie où l'intervention mobilise, pratiquement toujours, au minimum le chirurgien et l'anesthésiste. Il n'est pas exceptionnel, pour certaines opérations chirurgicales particulièrement délicates, de voir quatre, six ou même huit personnes réunies en salle d'opération pour apporter leur contribution à l'œuvre commune. »

(5) LOMBARD, p. 93 ; SAVATIER, Traité, pp. 373-374.

certainement appeler ce groupe une *équipe* si ce terme ne dissimule pas le rôle prépondérant du chirurgien qui dirige l'opération qu'il a préconisée, conçue et qui l'exécute (6).

Tous les membres de l'équipe chirurgicale concourent à la réalisation d'une œuvre commune — l'acte opératoire — et cette identité du but assure celle de l'équipe (7). L'équipe est « un fait humain, donc un fait juridique. La notion d'équipe apparaît comme donnant la solution juridique la plus conforme à la réalité » (8).

En schématisant, on peut dire que, sur le plan juridique, l'acte opératoire concerne (9):

— le *patient* qui subit l'opération.
— le *chirurgien* (et éventuellement son assistant) qui la pratique,
— l'*anesthésiste* qui la rend possible,
— la *clinique* qui met à la disposition des médecins ses locaux et son personnel qualifié,
— les *auxiliaires paramédicaux* (10), notamment l'instrumentiste et les aides de salle.

Seuls le chirurgien, son assistant, l'anesthésiste et le personnel de salle fourni par la clinique font partie de l'équipe chirurgicale; la clinique, personne morale, et le patient en sont naturellement exclus; toutefois, il faudra les prendre en considération dans l'étude du partage des responsabilités vu les liens de droit qui se nouent entre eux et les membres de l'équipe.

En outre, d'autres médecins spécialistes (interniste, radiologue, cardiologue, anatomo-pathologue) peuvent, dans certaines circonstances, participer indirectement à l'acte opératoire et même aux soins pré- et post-opératoires.

(6) BOYER CHAMMARD, p. 31; BRUNHES, p. 59.

Cf, aussi Dr. James JOLY, « L'équipe opératoire au travail », dans Science et Vie, numéro hors série, « La Chirurgie », 1955, p. 49.

(7) FROGE, p. 38.

(8) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 325; FROGE, pp. 125-126.

BRUNHES, p. 57: « Les problèmes posés au praticien du droit par le caractère collectif que revêt l'exercice de la médecine et de la chirurgie en clientèle privée, du fait de l'évolution des techniques, ont suscité une abondante et subtile littérature juridique. La jurisprudence, assez foisonnante en la matière, s'est efforcée d'adapter aux questions nouvelles les théories générales du droit de la responsabilité. La doctrine de son côté a tenté de synthétiser les courants jurisprudentiels... ».

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 718: « La répartition des tâches et des responsabilités à l'intérieur de l'équipe chirurgicale pose sans doute, au point de vue juridique, le problème actuellement le plus délicat et, en tout cas, le plus important. »

Cf. encore Trib. Gd. Inst. Seine, 31 mars 1965, JCP 1966 II 14 582.

(9) FROGE, p. 38.

(10) Bien que certains auteurs jugent le terme « paramédical » malheureux, nous nous permettrons de recourir à cette expression pour bien différencier les actes médicaux relevant d'un praticien et les actes de soins courants incombant à la clinique par l'intermédiaire de ses auxiliaires.

(11) THILO, p. 13.

(12) RO 43 I 36; RO 71 I 1.

(13) GAUTSCHI, p. 56.

(14) Cette autorisation est cantonale. Les cantons sont libres dans la fixation des conditions à remplir pour obtenir cette autorisation; ils ne peuvent toutefois pas poser en matière de formation des exigences supérieures à celles requises par les examens fédéraux de médecine.

Art. 37 LOS: « L'autorisation peut être refusée si le requérant:

Section 2. Les conditions d'exercice de la médecine

A) Le diplôme fédéral de médecin

La profession médicale bénéficie de la garantie de la liberté du commerce et de l'industrie prévue par l'art. 31 CF (11). L'alinéa 2 de cet article réserve les prescriptions cantonales sur l'exercice du commerce et de l'industrie; ainsi les cantons peuvent-ils limiter, par diverses restrictions, l'étendue de la garantie accordée par le premier alinéa de cet article. En outre, l'art. 33, al. 1, CF, qui précise l'art. 31. al. 2, CF, permet aux cantons d'exiger des preuves de capacité pour l'exercice des professions scientifiques libérales (12).

La loi fédérale du 19 décembre 1877 sur l'exercice des professions médicales dans la Confédération suisse a introduit le diplôme fédéral de médecin (13). D'une manière générale, tous les cantons exigent pour l'exercice indépendant de la médecine la possession du diplôme fédéral et l'octroi d'une autorisation de pratiquer (14). La loi vaudoise du 9 décembre 1952 sur l'organisation sanitaire (LOS) mentionne que le médecin a seul qualité pour exercer l'art de guérir (15).

B) La portée du diplôme fédéral

Le diplôme fédéral de médecin confère à son titulaire le droit d'exercer son art sur tout le territoire de la Confédération — sous réserve de l'obtention de l'autorisation cantonale de pratiquer— sans limitation de spécialité (16). Le praticien peut ainsi entreprendre théoriquement n'importe quel acte médical (17).

Cette « omnivalence » du diplôme fédéral a souvent été contestée depuis la dernière guerre mondiale vu la fragmentation de la médecine en de multiples spécialités autonomes exigeant chacune une formation post-universitaire dont les stages ont une durée sans cesse prolongée.

a) est convaincu d'indignité, d'ordre professionnel ou personnel;

b) a été frappé hors du canton d'une interdiction de pratiquer pour manquement à ses devoirs professionnels;

c) est atteint de l'une des affections visées par l'article premier de la loi sur les malades mentaux et autres psychopathes. »

(15) Cf. art. 32, 33, 34, 36, 37, et 41 LOS.

Concernant les conditions d'accès à la profession médicale en France, cf. notamment KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 61-72; SAVATIER, Traité, pp. 29-30 et MARCOUX, p. 20.

(16) THELIN, p. 25.

(17) SAVATIER, Traité, pp. 35 et 222-223; KORNPROBST, Le contrat de soins, p. 87; DEBRAY, pp. 41-46; L. DEROBERT, Droit médical et Déontologie médicale, Flammarion, Paris 1974, p. 40.

« Si le diplôme de docteur en médecine permet l'exercice de toutes les branches de la médecine, l'obtention du titre ne dispense pas celui qui veut exercer une médecine difficile, hautement spécialisée, de s'y préparer par une formation adéquate. Ce même diplôme ne permet pas au médecin de s'engager imprudemment, hors les cas d'urgence et de nécessité, dans de nouvelles techniques thérapeutiques, alors surtout que le danger de ces techniques est connu des spécialistes. » (Tribunal correctionnel de Paris, 3 avril 1968. Arrêt cité par BOYER CHAMMARD, La responsabilité médicale, p. 232).

En cas d'ingérence d'un praticien dans une activité médicale pour laquelle il n'est pas spécialisé, il n'y a pas de sanction administrative ou pénale (exercice illégal de la médecine). Ainsi en a jugé notamment le Tribunal cantonal vaudois dans un arrêt du 4 avril 1940:

Au cours d'une laparotomie entreprise à des fins gynécologiques, un obstétricien procède par la même occasion à une appendicectomie. L'ablation de l'appendice n'est pas pratiquée correctement, selon les règles de l'art, et il en résulte un dommage pour la patiente.

Selon les experts, le praticien n'avait pas la préparation qu'on est en droit d'exiger d'un médecin pratiquant la chirurgie abdominale et il aurait dû s'adresser à un spécialiste de cette discipline.

Jugeant cette même affaire, le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 27 janvier 1941 (18), estime qu'il ne faut pas confondre une question de *droit administratif* (le diplôme fédéral de médecin permet d'entreprendre sans aucune réserve tout acte médical et il n'y a donc pas d'exercice illégal de la médecine de la part du gynécologue) et une question de *droit civil* (le médecin n'a pas accompli consciencieusement le mandat que lui avait confié son patient et qui l'obligeait à lui donner des soins propres à assurer sa guérison en se faisant aider, au besoin, par un spécialiste).

En tout état de cause, selon la doctrine et une jurisprudence constante, le médecin ne doit pas outrepasser ses compétences ou ses capacités techniques au risque de voir sa responsabilité appréciée plus sévèrement (19). Un défaut de qualification constitue certainement une faute professionnelle engageant la responsabilité civile du médecin, notamment lors du traitement de certaines maladies compliquées ou dans la pratique de certaines opérations délicates (20). En fait, le simple bon sens et la conscience professionnelle devraient, de cas en cas, fixer la limite technique à l'action du médecin (21). Bien qu'il n'en ait pas la stricte obligation, le praticien ne devrait pas hésiter à consulter un confrère plus qualifié, soit par son degré de préparation, soit par sa spécialisation, quand ses propres connaissances se trouvent en défaut.

(18) Arrêt cité par THELIN, p. 26.

(19) BOYER CHAMMARD, p. 162.

(20) RO 53 II 298 = JdT 1928 I 591; RO 53 II 427; RO 64 II 206; RO 66 II 36; RO 88 II 195 = rés. JdT 1963 I 187: Le fait de promettre une prestation qui dépasse ses forces et ses moyens constitue déjà une faute.

Cf. aussi THELIN, pp. 28 et 122; DIND, pp. 37-38; LOEFFLER, pp. 53-55; BECKER, p. 481, note 70; KOENIG, pp. 53-54; PHARAON, p. 109; BRUNHES, pp. 76 et 93; KORNPROBST, Le Contrat de soins, N° 201.

SAVATIER, Traité, p. 223; estime que «lorsqu'un médecin non qualifié exerce son art dans une spécialité, en dehors du cas d'urgence, le tribunal présumera aisément en fait que les résultats erronés des examens ou des traitements sont précisément causés par son manque d'expérience particulière. Le praticien répondra alors envers le patient de la défectuosité de ces résultats; en empiétant sur une technique spéciale, à laquelle il n'était pas préparé, le médecin a manqué à l'obligation de prudence que lui imposait le contrat»; du même auteur, cf. également, pp. 241-242.

Cass. civ. 7 mars 1966; Cass. civ. 25 mars 1968, Bull. 1968, I, p. 68.

(21) THELIN, pp. 25 et 37; MARCOUX, pp. 20-21.

C) Le titre de spécialiste FMH

La fragmentation de la médecine en spécialités toujours plus nombreuses fit naître le besoin, après la première guerre mondiale, d'officialiser un état de fait. Aussi, la Fédération des médecins suisses édicta, le 28 juin 1931, le « Règlement pour l'obtention du titre de spécialiste FMH » (22). Certes, la Fédération n'est qu'une association privée au sens des art. 60 ss. CC, mais elle est devenue une institution para-étatique vu l'importance prise par la santé publique (23). La fin des études, sanctionnée par le diplôme fédéral de médecin, est en général suivie d'une période de spécialisation, d'abord comme assistant, puis parfois comme chef de clinique. Le Règlement précité, entré en vigueur le 1er janvier 1932, fut souvent remanié, totalement ou partiellement, pour être adapté à l'évolution de la médecine. La teneur actuelle date du 30 juin 1963 et la dernière revision partielle du 14 novembre 1974.

Le but assigné au Règlement des spécialistes est délimité de la façon suivante dans son préambule :

« La Fédération des médecins suisses a institué le titre de spécialiste FMH (Foederatio Medicorum Helveticorum), pour permettre à ses membres de faire état de connaissances et d'expériences qu'ils ont acquises dans un domaine de la médecine clinique ou non clinique ; cette dénomination atteste, pour le spécialiste en question, une formation donnant toutes garanties. »

La définition du spécialiste est ainsi libellée :

« Est considéré comme spécialiste le médecin qui consacre son activité professionnelle principalement à sa spécialité, qui continue à perfectionner ses connaissances dans ce domaine et qui remplit les conditions énoncées dans les articles suivants. Il porte le titre de spécialiste FMH (Foederatio Medicorum Helveticorum) conformément aux modalités prévues à l'article 14 du présent règlement. »

A la naissance du FMH, certaines disciplines furent d'emblée reconnues comme spécialités : médecine interne, chirurgie, obstétrique et gynécologie notamment. Puis les spécialités médicales n'ont cessé de se multiplier, mais fort sagement la Fédération s'est efforcée d'en limiter le nombre pour éviter un émiettement préjudiciable aux médecins comme aux patients. Actuellement, le nombre des spécialités FMH reconnues par la Fédération est de vingt ; la liste de ces branches est exhaustive. Parmi celles-ci figurent notamment l'anesthésiologie, la chirurgie, la gynécologie et obstétrique, la chirurgie orthopédique, l'ORL, etc.

Le Règlement énumère les conditions nécessaires à l'obtention du titre FMH. Il contient des prescriptions particulières relatives à la formation pour chacun des vingt titres FMH.

(22) Le sigle FMH est l'abréviation de « Foederatio Medicorum Helveticorum ».

(23) Pour la spécialisation en France, cf. SAVATIER, Traité, pp. 36-39, 157-158, 223-224 ; DEROBERT, op. cit., pp. 40-47 ; en France, le « CES » correspond à peu de choses près au FMH suisse.

Les conditions générales requises pour l'acquisition de ce titre sont les suivantes:

— être membre de la Fédération des médecins suisses;
— être porteur du diplôme fédéral de médecin;
— avoir obtenu un doctorat en médecine;
— avoir accompli, après l'octroi du diplôme de médecin, les stages prescrits (durée minimum requise pour chaque spécialité) dans des établissements hospitaliers reconnus par le Comité central de la Fédération;
— fournir sur ces stages des certificats par lesquels les chefs de services attestent que le candidat possède effectivement les connaissances professionnelles nécessaires à la pratique de sa spécialité.

On remarquera que ce règlement ne prévoit aucun examen préalable de capacité professionnelle, à la différence du barreau, par exemple: la liberté d'appréciation de la Fédération est donc très large.

Soulignons encore les points suivants:

1) En principe, un médecin ne peut pas porter simultanément plusieurs titres de spécialiste FMH, même lorsqu'il a été reconnu comme spécialiste FMH dans plusieurs disciplines.

2) La possession du titre FMH n'octroie aucun privilège en matière d'honoraires ou de tarifs médicaux; elle n'impose à son titulaire aucune limitation concernant son activité médicale ni ne lui confère un monopole d'exercice d'une spécialité. Le but de ce titre est plutôt d'offrir des assurances aux malades en établissant que tel praticien, pour une spécialité donnée, possède une formation, des connaissances et une expérience offrant — c'est une présomption — toutes les garanties (24).

3) Le titre FMH est toutefois souvent exigé du médecin qui pose sa candidature à certaines charges officielles ou à des postes à responsabilités dans le secteur hospitalier ou privé.

4) La possession du titre de spécialiste FMH, enfin, implique certainement une aggravation de la responsabilité du médecin lorsque son action s'exerce dans le domaine de sa spécialité; elle requiert du diplômé FMH plus de sûreté et tolère moins d'erreurs. En outre, le médecin qui n'est pas porteur de ce titre

(24) DEBRAY, p. 44.

(25) Le spécialiste doit se conformer aux principes et à la technique de sa spécialité. La clientèle a le droit d'être plus exigeante; de même, le spécialiste peut et doit prendre davantage de risques; sa responsabilité est accrue si on la compare à celle du généraliste. Le titre de spécialiste FMH suppose de toute évidence un degré de culture scientifique plus élevé dans un cadre censément plus restreint que celui du médecin omnipraticien.

THELIN, pp. 36-37. L'auteur souligne (p. 37) que «le spécialiste joue en somme en médecine le même rôle que ceux que l'on appelle les «techniciens» dans les affaires: on n'en attend pas nécessairement des miracles, mais un diagnostic ou un pronostic de la situation ainsi qu'un traitement dont les éléments d'incertitude soient réduits au minimum».

Cf. aussi PHARAON, p. 89; MARCOUX, pp. 20-22.

P. MONZEIN, «Table ronde sur la responsabilité médicale», dans Le Concours Médical, N° 26, juin 1970. L'auteur, Docteur en médecine, est également Président de chambre à la Cour d'Appel de Paris.

ou qui exerce son activité dans un autre domaine que sa spécialité devra faire preuve d'une prudence accrue, éventuellement en s'assurant la collaboration de spécialistes (25).

Section 3. Le chirurgien (26)

Le chirurgien est le membre le plus important de l'équipe qu'il « met en œuvre »; il en est sinon le chef, du moins l'animateur. La chirurgie est une thérapeutique qui fait partie de la médecine et qui comprend toute intervention pratiquée manuellement ou à l'aide d'instruments sur un organisme vivant, à des fins diagnostiques ou thérapeutiques (27) (ablation d'organes ou résection d'un fragment d'organe, ablation d'une tumeur, réparation d'une fracture, suture d'une plaie, extraction d'un corps étranger, évacuation d'une collection purulente, d'un liquide organique, arrêt d'une hémorragie, greffe d'organes, mise en place d'une prothèse, etc.).

Pour entreprendre une intervention chirurgicale, le diplôme fédéral de médecin (et l'autorisation cantonale de pratiquer) est théoriquement suffisant. En fait, presque tous les opérateurs sont titulaires du FMH en chirurgie ou de la spécialité qu'ils exercent (oto-rhino-laryngologie, urologie, gynécologie et obstétrique, orthopédie, ophtalmologie, etc.).

Au même titre que les internistes, les chirurgiens se sont spécialisés dans tel ou tel domaine de la chirurgie.

Dans la pratique privée, le chirurgien possède un cabinet de consultation « en ville »: il opère ses patients dans une ou plusieurs cliniques où il a l'habitude de travailler; toutefois l'opéré reste le patient du chirurgien et non celui de la clinique. Lorsqu'il lui est impossible de pratiquer une intervention seul, le chirurgien se fait aider par un ou plusieurs assistants.

Section 4. L'anesthésiste

A) Définition et but de l'anesthésie

L'anesthésiologie est la science qui étudie la suppression des sensations douloureuses. Au sens étymologique du mot, le terme « anesthésie » ne comprend donc ni la notion de sommeil (perte de la conscience), ni celle de suppression des réflexes musculaires (28).

(26) Cf. notamment DEBRAY, p. 36.

(27) PHARAON, p. 115: « La chirurgie n'est autre chose qu'un procédé thérapeutique auquel on recourt afin de guérir certaines maladies au moyen d'une intervention. Dès lors, les principes qui régissent la responsabilité du médecin dans l'administration de la thérapeutique s'appliquent à la responsabilité du chirurgien pour ses opérations. Nous nous contentons, par conséquent, d'exposer ici les grandes décisions jurisprudentielles sur cette matière. »

(28) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 718; PHARAON, p. 110.

Toute anesthésie abolit la sensibilité d'une partie du corps humain ou du corps tout entier; elle est pratiquée généralement en vue d'une intervention chirurgicale plus ou moins longue ou d'un examen diagnostique qui serait sinon douloureux ou désagréable (biopsie, cathétérisme, endoscopie, etc.).

Une anesthésie générale (29) telle qu'elle est pratiquée aujourd'hui (et comme nous l'avons décrite dans la deuxième partie de notre ouvrage) suppose notamment (30):

1) *la perte de la conscience* (un sommeil plus ou moins profond selon la technique utilisée);

2) *une analgésie*, soit une indifférence à la douleur par élévation du seuil de perception de ladite douleur;

3) *une relaxation musculaire et une diminution des réflexes* qui apporteront au chirurgien des conditions de travail idéales, à peu de frais pour l'organisme du patient. Le chirurgien pourra opérer à l'aise, sans hâte, aborder sans risque majeur les régions profondes du corps et pratiquer des interventions longues et complexes sur les poumons, le cœur ou le cerveau dont il n'aurait jamais osé envisager l'éventualité il y a seulement vingt ans;

4) *la protection neuro-végétative* contre le choc opératoire (l'«agression» chirurgicale).

B) **L'anesthésiologie est devenue peu à peu une spécialité médicale** (31)

Les médecins ont découvert la complexité des techniques modernes d'anesthésie et se sont assez rapidement orientés vers l'exercice exclusif de cette branche de l'art médical (32).

1) *L'ancienne technique, la narcose* d'il y a trente ans, était assez rudimentaire:

— elle n'exigeait pas de connaissances médicales;

(29) Le terme «anesthésie» signifie littéralement abolition de la sensibilité, le terme «narcose» employé très souvent dans le même sens signifie sommeil obtenu à l'aide d'une drogue. L'anesthésie chirurgicale générale est «une perte graduelle, momentanée, réversible de la conscience, de tous les modes de la sensibilité, de la motricité (Définition de l'anesthésie, Encyclopédie médico-chirurgicale, D. KUPFER-TSOUCARIS, «Anesthésie générale, théories de l'anesthésie générale», 36100, p. 1).

En ce qui concerne l'anesthésie locale ou loco-régionale, voir, infra, chap. III, Sect. 5, litt. E.

(30) FROGE, pp. 36-37.

Cf. Dr. D. SCHWANDER, «anesthésiste et patient: situation et choix», leçon inaugurale de privat-docent, Faculté de médecine, Lausanne 1976, pp. 3-4: L'anesthésie générale n'est pas seulement un état caractérisé par une perte réversible de la conscience (analgésie incluse), une diminution des réflexes et un relâchement musculaire, elle est surtout un état d'équilibre variable entre les effets secondaires et les contremesures pharmacologiques et techniques prises par le médecin-anesthésiste. Les accidents en anesthésie sont toujours la conséquence d'effets secondaires lors d'échec des mesures correctives. D'où la définition suivante de l'anesthésie: «l'anesthésie est une intervention contrôlée sur une corde raide tendue entre le physiologique et le patho-physiologique».

(31) FROGE, pp. 14, 36-37; ÇAKMUR, p. 48; SCHWANDER, op. cit., p. 4.

(32) F. LEYMARIE, Anesthésie et responsabilité civile des médecins en clientèle privée, dans Cahiers d'anesthésiologie, Tome 23, N° 1, janvier-février 1975, pp. 15-16; COUZIN, Le Magistrat jugeant la responsabilité de l'anesthésiologiste, dans Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial: La responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), pp. 337-338.

— elle n'utilisait qu'un nombre restreint de produits;
— ceux-ci étaient désagréables pour le patient, peu confortables pour le chirurgien et assez toxiques (ils laissaient de graves séquelles dans l'organisme de l'opéré);
— toutefois ces agents anesthésiques (surtout l'éther) offraient une marge de sécurité assez grande;
— cette marge de sécurité était d'autant meilleure que les indications chirurgicales étaient plus rares, qu'on hésitait à opérer vu le risque trop élevé, bref qu'une opération constituait vraiment l'ultima ratio du médecin;
— le risque, enfin, était global, « indivisible ». Personne ou presque ne songeait à rechercher si un accident était dû à l'anesthésie proprement dite ou à l'acte chirurgical lui-même. La cause d'un décès per- ou post-opératoire était généralement attribuée à l'opération considérée comme un tout ou, plus simplement, à la fatalité.

Dans certains cantons ruraux suisses alémaniques, on pratique encore l'ancienne technique de narcose. En revanche, en Suisse romande, il y a vingt ans, la « nouvelle anesthésie » (intraveineuse avec respiration contrôlée) s'est peu à peu imposée sous l'impulsion de jeunes anesthésistes formés en Angleterre ou au Danemark après l'obtention de leur diplôme de médecine.

2) *La « nouvelle anesthésie »* est plus raffinée que l'ancienne technique (narcose); elle est en perpétuelle évolution. Elle est mieux adaptée à l'état physique et psychique de chaque patient, à chaque type d'opération et aux besoins de chaque chirurgien (33):

— elle fait appel à de bonnes connaissances médicales notamment de cardiologie, de physiologie, de pharmacologie et de chirurgie (34);
— elle utilise une gamme variée de produits très efficaces (liquides ou gazeux) dont le maniement et le dosage sont délicats et périlleux et que l'anesthésiste combine de manière adéquate;
— ces produits sont de moins en moins toxiques pour les patients (35);
— ils assurent le confort de l'opéré et du chirurgien;
— ils permettent d'entreprendre des opérations plus audacieuses et d'une durée plus longue (36);
— l'anesthésie est devenue un moyen d'action efficace, partant une arme dangereuse.

Avec les nouvelles techniques d'anesthésie, le risque est en définitive davantage fonction des qualités de l'anesthésiste qu'autrefois.

(33) FROGE, p. 14.
(34) F. LEYMARIE, op. cit., p. 15: « La complication des techniques et les progrès de la pharmacologie sont tels qu'une formation spécifique des anesthésistes est devenue une réalité ».
(35) Parce que ces produits sont combinés entre eux et qu'il n'y a qu'une faible dose de chacun.
(36) F. LEYMARIE, op. cit., pp. 15-16.

C) **L'anesthésie est devenue une discipline « post-universitaire »** (37)

Si, en un siècle, l'anesthésiologie a parcouru un chemin considérable qui l'a progressivement élevée d'une pratique empirique au rang d'une science distincte, elle n'en demeure pas moins une discipline jeune. Presqu'inconnue en Europe continentale avant 1945, l'anesthésiologie, sous l'influence des Anglo-Saxons, très en avance dans ce domaine, est devenue peu à peu depuis lors une spécialité autonome, notamment par l'instauration — il y a quelque vingt ans — d'un diplôme de spécialiste, puis par la création — il y a environ dix ans — des premières chaires et Départements universitaires d'anesthésie autonomes ayant à leur tête un anesthésiste-chef, souvent avec le titre de professeur, et comprenant plusieurs assistants qui doivent rendre des comptes à ce patron et non plus au chirurgien.

D) **L'anesthésie est parfois encore pratiquée par des infirmiers ou des médecins non spécialisés**

A l'heure actuelle, beaucoup d'anesthésies sont encore effectuées par des infirmiers, des sœurs ou de jeunes médecins sans expérience dans cette branche, et ceci pour diverses raisons:

— Dans certaines régions, les médecins anesthésistes sont encore trop peu nombreux pour pouvoir répondre à tous les besoins.

— Certains chirurgiens et quelques établissements hospitaliers estiment que des auxiliaires sont suffisamment compétents pour entreprendre une anesthésie concernant une opération de « petite chirurgie ». Or, s'il y a peut-être une chirurgie mineure à côté de la chirurgie majeure, il n'y a jamais d'anesthésie mineure, car l'aléa est inhérent à toute anesthésie quel que soit le type d'opération concernée (38).

Le risque chirurgical et le risque anesthésique en effet sont souvent indépendants l'un de l'autre.

— Le chirurgien doit admettre que le médecin anesthésiste est un confrère. L'anesthésiste, lui, doit protéger une discipline nouvelle qui n'est souvent pas encore appréciée à sa juste valeur et qu'il est seul à connaître; il sera donc, par la force des choses, plus rigoureux qu'une infirmière et passera même pour prétentieux aux yeux de certains opérateurs qui ont connu la vieille narcose pratiquée par des auxiliaires souvent sans qualification et sur lesquels ils pouvaient exercer un pouvoir absolu et incontesté. Il est certain qu'un infirmier sera plus « malléable » et plus docile qu'un médecin anesthésiste.

(37) FROGE, pp. 16, 35 et 93; F. LEYMARIE, p. 16; P. HUGUENARD, « Les méthodes d'anesthésie utilisées en réanimation », dans Médecine et Hygiène, N° 1031 du 8 novembre 1972, p. 1651.

(38) FROGE, p. 15, note que le risque anesthésique dépasse parfois le risque chirurgical.

Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial: La responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), pp. 318, 331,337-338.

J. BAUMANN, Les risques vitaux de l'anesthésie générale, dans Cahiers d'anesthésiologie, Tome 23, N° 3, 1975, pp. 303-306.

Cf. aussi, infra, notes 107-111, chapitre II, Sect. 5, litt. A.

— Sauf si elle est justifiée par une réelle pénurie de médecins, la conduite d'anesthésies par des auxiliaires est une pratique regrettable qui, en fait, est peu à peu abandonnée au fil des ans par la plupart des cliniques sérieuses. Notons que dans le canton de Vaud, par exemple, la plupart des établissements publics ou privés se sont attachés les services de médecins anesthésistes FMH.

E) L'anesthésie est donc un acte médical

« L'anesthésie est un acte médical dont l'innocuité ne peut être garantie d'une façon absolue et qui doit être pratiqué par un médecin anesthésiste. Elle suppose en effet une succession de diagnostics, de décisions thérapeutiques, et nécessite l'utilisation de substances toxiques dangereuses et souvent capables de donner la mort (39). »

(39) F. LEYMARIE, pp. 15 et 26; SCHWANDER, op.cit., p. 15.

Cf. aussi Prof. M. GEMPERLE, directeur de l'Institut Universitaire d'anesthésiologie à l'Hôpital cantonal de Genève, « Anesthésie ambulatoire », dans Médecine et Hygiène N° 1121 du 30 octobre 1974, pp. 1967-1968:

« L'acte anesthésique est un acte médical. Il est bon de rappeler que la loi exige la présence d'un médecin diplômé, si une intervention chirurgicale sous anesthésie générale est projetée (...) Il est évident que le médecin qui donne une anesthésie générale doit être formé dans cette discipline et qu'il doit avoir une profonde connaissance de la pharmacologie, des drogues anesthésiques utilisées, ainsi qu'une vaste expérience, enfin savoir exécuter, dans les situations urgentes pouvant toujours survenir, une réanimation cardio-respiratoire. A ce propos, le matériel de réanimation ne doit pas être seulement à disposition, mais toujours prêt à l'emploi (...) C'est la raison pour laquelle l'anesthésie générale faite par une personne non compétente est inconcevable et inadmissible.

Aujourd'hui, des marges de sécurité phénoménales sont imposées dans tous les domaines. Pourquoi enfin ne pas les exiger pour l'acte anesthésique, encore trop souvent dans des mains non expertes? N'est-ce pas là un droit du patient? »

DE VILLE DE GOYET, pp. 1-2:

« L'anesthésie est un acte médical. Seules les personnes légalement autorisées à exercer l'art de guérir ont qualité pour la pratiquer. » Le Conseil National de l'Ordre des Médecins (belges) l'a confirmé récemment encore en sa séance du 14 mars 1970. « L'intervention instrumentale chirurgicale et le travail simultané d'anesthésie-réanimation sont actuellement deux techniques très différentes ressortissant de praticiens hautement spécialisés »... Dès 1949, les tribunaux belges avaient exprimé le même avis. Mais aussi le 30 septembre 1957, la Cour de Cassation (2e Chambre) a noté expressément qu'il « ressort de l'art. 6 de l'Arrêt Royal du 1er juin 1934 que le fait de procéder à l'anesthésie générale pour les opérations de l'art dentaire est réglementé par ledit Arrêt Royal et que seuls les docteurs en médecine peuvent l'exécuter ». (J. Trib. 1957.P.619).

DELAHAYE-LOUVIER, « Naissance et développement d'une spécialité » dans Cahiers Laennec, juin 1969, p. 8: « L'anesthésie est plus que jamais un acte médical et devrait être dans un délai aussi court que possible réservé aux médecins. »

COUZIN, article précité dans Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial: La responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), pp. 337-338: « L'acte anesthésique est, de par sa nature même, un acte grave. L'anesthésiste a pour tâche, ainsi que l'a analysé le Doyen SAVATIER, d'abord de neutraliser momentanément et plus ou moins partiellement le système nerveux du malade pour le rendre insensible au choc de l'acte thérapeutique principal, ensuite, de maintenir cette neutralisation tout le temps nécessaire à l'intervention thérapeutique et cela par des contrôles incessants et, enfin, de surveiller et s'il le faut, de provoquer le retour du malade à une conscience normale. »

J. MONTAGNE, dans Cahiers d'Anesthésiologie, p. 215:

« A la suite d'un accident d'anesthésie survenu en 1868, l'anesthésie est devenue un acte réservé aux médecins en Angleterre et dans les pays du Commonwealth. Dans les autres pays coexistent un corps de médecins anesthésistes et un corps d'aides anesthésistes (...) L'acte d'anesthésie s'analyse donc comme une série de diagnostics successifs suivis de sanctions thérapeutiques immédiates, ce qui lui confère le caractère d'un acte médical; or, l'art. 473 du code (français) de la santé réserve aux médecins les actes de diagnostic et de thérapeutique. »

Cf., infra, pp. 322-325, ainsi que les sections 10 (litt. D) et 17 du chapitre IV.

La conduite d'une anesthésie requiert des connaissances techniques et médicales qui d'ailleurs évoluent sans cesse ; cette profession est devenue complexe et les risques y sont si élevés que seuls des spécialistes peuvent l'exercer correctement (40).

La pratique indépendante d'anesthésies par des auxiliaires — si dévoués et consciencieux qu'ils soient — est d'autant plus dangereuse qu'ils endorment les patients en recourant aux nouvelles techniques d'anesthésie qui, dans la mesure où on ne les maîtrise pas parfaitement, sont plus périlleuses que l'ancienne narcose au masque (41). Toutefois, même si l'anesthésie est une spécialité uni-

(40) F. LEYMARIE, pp. 38-39 : « Ces actions en justice montrent ainsi que l'anesthésie n'est pas un acte infirmier de simple routine, mais au contraire la mise en œuvre de techniques difficiles qui permettent de reculer les limites de la thérapeutique chirurgicale et qui ne sont en principe inoffensives pour le malade que dans la mesure où elles sont exécutées de façon parfaite. »

(41) Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial : La responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), p. 333 :

« Il peut paraître pour le moins curieux que dans les assemblées savantes où il est gravement question de la médicalisation de l'acupuncture et de la prescription des verres correcteurs, ne soit pas évoquée l'étrangeté d'une situation où peuvent être mises entre les mains d'auxiliaires les drogues les plus dangereuses de la pharmacopée, sous la responsabilité d'un chirurgien dont l'attention ne peut évidemment pas être partagée entre l'acte opératoire qu'il commet et la surveillance des fonctions physiologiques mises éventuellement en danger par l'usage de telles drogues. Bien entendu, il ne s'agit pas de bouleverser du jour au lendemain des situations de fait dues à des circonstances historiques, mais ce que la profession déplore, c'est l'absence d'une politique volontariste qui ressort plus à ses yeux d'une volonté délibérée de maintien d'avantages acquis que de la nécessité.

Il pourrait apparaître qu'un nombre suffisant de praticiens permettrait de mettre fin à ces situations. Encore faudrait-il qu'ils disposent d'une situation équivalente à celles des autres spécialistes. Or, les dispositions de la Nomenclature des actes professionnels situent l'acte d'anesthésiologie bien en-dessous de l'acte chirurgical minimum, quel que soit le temps consacré au malade et la compétence ou l'ancienneté du médecin. »

Dans le même numéro spécial, p. 367 :

« Je voudrais, encore une fois de plus, insister sur le fait que si on ne prend pas une décision au plan des principes, réservant l'anesthésie générale au seul médecin étant donné la gravité de l'acte d'anesthésie qui est bien mise en évidence, c'est toute la médecine qui devient délégable et l'art. 372 du Code de la Santé publique est bafoué, les actes de diagnostic et de thérapeutique restant l'apanage des seuls médecins. »

J. MONTAGNE, Cahiers d'anesthésiologie, pp. 215-216 :

« L'arrêté du 6 janvier 1962, qui a inscrit l'anesthésie générale parmi les actes permis à l'auxiliaire, en présence d'un médecin pouvant intervenir à tout moment, ne constitue que l'interprétation par le ministère de l'art. 473 et ne saurait lier les tribunaux. La pratique de l'anesthésie par l'aide-anesthésiste constitue donc un exercice illégal de la médecine et le chirurgien ou la clinique employeur de l'aide-anesthésiste se rendent de ce fait complices d'un exercice illégal de la médecine.

Une circulaire ministérielle récente, du 30 avril 1974, concernant la sécurité des opérés, vient encore de renforcer cette interprétation. En effet :

1. elle ne reconnaît plus à l'infirmière la possibilité de surveiller seule un opéré en voie de réveil, puisqu'un médecin doit être présent ou à portée immédiate à tout moment dans l'établissement même, jusqu'à ce que l'opéré recouvre son autonomie,

2. en rendant obligatoire la tenue d'une feuille d'anesthésie, qui est en fait une observation médicale, rédigée en dehors du contrôle du chirurgien absorbé par la réalisation de l'acte opératoire, cette circulaire oblige en quelque sorte l'aide-anesthésiste à signer son exercice illégal de la médecine.

Enfin, en demandant qu'une consultation pré-opératoire ait obligatoirement lieu avant toute anesthésie, elle renforce encore le caractère médical de l'acte d'anesthésie, toute consultation pratiquée par une infirmière étant, en fait comme en droit, un exercice illégal de la médecine.

La pratique de l'anesthésie par l'infirmière apparaît donc comme une survivance du passé, et il est très probable que les tribunaux auront à mettre de l'ordre dans l'anarchie des textes réglementaires, qui n'est que trop certaine. »

quement médicale, les médecins anesthésistes peuvent légitimement se faire aider par des auxiliaires qui, du moins en hôpital, répondent à une nécessité pratique, le médecin ne pouvant humainement tout faire seul. Cependant ce personnel médical doit rester en permanence sous la surveillance de médecins spécialisés (42).

F) L'anesthésiste n'a pas de cabinet privé

L'anesthésie n'a qu'un but thérapeutique indirect: permettre l'action du chirurgien. Aux yeux du malade, et parfois encore malheureusement à ceux de l'opérateur, l'action de l'anesthésiste est secondaire (43). « Tout comme le radiologue, l'anesthésiste pratique une discipline médicale de soutien qui fournit des prestations indispensables aux autres disciplines médicales. Il devient donc inévitablement, dans une mesure variable, dépendant de l'organisation médicale au sein de laquelle il agit (44). »

En outre, dans l'exercice de sa profession, à l'encontre des autres spécialistes, l'anesthésiste a une place un peu particulière puisque pour agir il faut généralement qu'un confrère, le plus souvent un chirurgien, l'appelle et lui demande d'effectuer une anesthésie. L'anesthésiste n'a pas de clientèle personnelle, il s'intègre dans une équipe que forme, anime et dirige un chirurgien choisi par le malade. Il ne reçoit de patients que par l'intermédiaire d'un autre médecin. S'il veut pratiquer, l'anesthésiste doit rester en contact étroit avec un ou plusieurs chirurgiens ou — ce qui est le plus fréquent — être le collaborateur attitré d'un hôpital ou d'une clinique privée, ce qui explique la faiblesse de sa position (45).

Section 5. La clinique privée

« Une intervention chirurgicale nécessite une hospitalisation dans un établissement, public ou privé, qui fournit le personnel auxiliaire, les installations et le matériel permettant de la mener à bien (46). » Notre thèse examine plus particulièrement les rapports de droit entre le patient et le médecin en clientèle privée; l'établissement où le chirurgien opère son malade sera donc généralement une clinique privée.

La LOS (47) consacre quelques articles aux établissements privés sans toutefois en donner une véritable définition (48).

(42) F. LEYMARIE, p. 16: « Aujourd'hui encore, un auxiliaire médical peut en principe procéder à une anesthésie. Toutefois, il n'intervient que sous la responsabilité et la surveillance directe d'un docteur en médecine, chirurgien le plus souvent, qui devient alors le commettant de l'aide-anesthésiste. »

(43) ÇAKMUR, p. 39.

(44) SCHWANDER, op. cit., p. 4.

(45) ÇAKMUR, p. 48; F. LEYMARIE, p. 17.

(46) DEROBERT, op. cit., p. 299.

(47) LOS = Loi sur l'Organisation Sanitaire du canton de Vaud de 1952.

La construction ou la transformation d'une clinique doit faire l'objet d'une autorisation préalable du Département de l'Intérieur, notamment; en outre, quiconque désire exploiter un établissement hospitalier doit également obtenir une autorisation dudit Département. Les conditions d'exploitation et la surveillance des cliniques sont fixées par la loi du point de vue de la police sanitaire (49). Mais la LOS ne pose aucune exigence formelle de capacité ou de moralité aux propriétaires ou aux exploitants d'établissements de soins médicaux alors que la loi est plus stricte pour l'exercice de la médecine (50). Toutefois, chaque clinique doit désigner, vis-à-vis du Département de l'Intérieur, un médecin responsable, ce qui apporte une certaine correction au laxisme concernant les conditions d'autorisation d'exploiter une clinique (51).

(48) Cf. notamment, art. 24 LOS: «Sont considérés comme établissements sanitaires ceux qui sont destinés au dépistage des maladies et aux soins médicaux ou paramédicaux, tels notamment les hôpitaux, les cliniques, les infirmeries, les dispensaires, les sanatoria, les preventoria, les établissements médico-sociaux, les maisons qui reçoivent les malades mentaux, les alcooliques ou les toxicomanes ainsi que les institutions pour femmes enceintes ou accouchées.»

LOMBARD, p. 91: «Un établissement hospitalier, c'est le lieu de rencontre d'un certain nombre de compétences médicales ou chirurgicales, de leurs auxiliaires, d'un ensemble de moyens matériels et d'une infrastructure administrative et économique.»

SAVATIER, Traité, p. 397: «D'après l'étymologie, les cliniques devraient être seulement les établissements pratiquant l'hospitalisation des malades. Dans la pratique, le terme tend à désigner tout établissement de soins, même si les malades ne couchent pas. Du point de vue juridique, il n'existe pas de réglementation d'ensemble des cliniques et, par conséquent, pas de définition légale de ces établissements.»

«Des maisons de cure et cliniques permettent aujourd'hui au médecin, mais sur le plan limité des soins dits hospitaliers, de se libérer de manière continue de l'ensemble de soins susceptibles d'être donnés hors de leur présence, bien que sous leur autorité générale, par des maisons outillées et spécialisées, elles-mêmes pourvues d'infirmières diplômées» (Lyon, 20 octobre 1955, Gaz.Pal., 31 octobre – 3 janvier 1955; Cass. civ., 15 novembre 1955, D. 1956, 113, note R. SAVATIER).

V. GEORGEL, Etude juridique des cliniques médicales privées non gratuites, thèse Rennes, 1925; J. BARDOUL, Médecins et cliniques, thèse Paris 1950.

(49) Voir art. 25-28 LOS.

(50) Règlement du 31 août 1954 sur les établissements sanitaires dans le canton de Vaud. L'art. 2 indique que toute personne qui se propose d'exploiter un établissement sanitaire en fait la demande par écrit au Département de l'intérieur et doit donner un certain nombre d'informations, de documents, de plans, de règlements. L'art. 3 pose les conditions relatives à la personne du requérant: «Art. 3 — Le Département de l'intérieur peut refuser l'autorisation d'exploiter:

a) aux mineurs non autorisés par la justice de paix;

b) aux personnes privées de leurs droits civiques et aux interdits;

c) aux condamnés pour délits de mœurs ou autre délit grave;

d) aux femmes vivant en ménage commun avec leur mari auquel des autorisations ne pourraient être accordées en vertu du présent article;

e) aux femmes mariées non séparées de biens qui n'ont pas été autorisées par leur mari ou par l'autorité judiciaire;

f) aux personnes se livrant à l'inconduite ou qui ne jouissent pas d'une bonne réputation;

g) aux personnes qui n'offrent pas les garanties nécessaires pour la tenue d'un établissement sanitaire ou qui ont dans leur ménage ou à leur service des personnes de mauvaise réputation ou condamnées pour délits de mœurs ou autre délit grave;

h) aux personnes atteintes de maladies transmissibles ou de maladies mentales;

i) aux personnes qui, par leur faute, sont débitrices d'actes de défaut de biens délivrés ensuite de faillite ou de poursuites demeurées infructueuses.»

SAVATIER, Traité, p. 397: «Alors que l'exercice de la médecine est strictement réservé à certaines personnes, la loi n'a posé aucune condition de capacité professionnelle, ni organisé aucun contrôle de moralité concernant les propriétaires ou exploitants de cliniques médicales.»

Le chirurgien qui opère son patient dans un établissement hospitalier privé répond personnellement de ses propres actes médicaux. « Un médecin peut s'engager de plusieurs manières à exercer son art dans une clinique (...) Généralement, il se borne à s'entendre avec la direction de celle-ci sur les conditions dans lesquelles il exercera son art en toute indépendance (52) ». La clinique garantit au chirurgien la possibilité d'user, pour recevoir et soigner ses malades, de son installation technique et de son personnel. Elle tient à la disposition du chirurgien un certain nombre de lits et elle peut parfois lui réserver quelques matinées opératoires, dans la mesure des disponibilités du moment. En contre partie de ces avantages, le chirurgien s'engage souvent — sinon juridiquement, du moins moralement — à ne pas hospitaliser ses patients dans une autre clinique, hormis le cas où il travaille ouvertement au sein de deux ou plusieurs cliniques (53). « L'essentiel est que l'accord oral ou écrit ne prévoie pas, au profit de la clinique, de pourcentage sur les honoraires du médecin (54). »

L'anesthésiste également répond personnellement de ses actes médicaux ; il n'est ni l'auxiliaire ni l'employé de la clinique, même s'il est agréé par cet établissement et lié à celui-ci par un contrat.

L'anesthésiste garantit à la clinique ses prestations et sa présence, assurant notamment un service de garde permanente apte à faire face à toute urgence ; en contre partie, l'établissement lui accorde une préférence : en effet la clinique proposera automatiquement et en priorité les services de son ou de ses anesthésistes attitrés aux chirurgiens qui opèrent dans ses locaux. Il est évident que le chirurgien comme le malade peuvent toutefois refuser les services d'un anesthésiste attitré, mais le cas est exceptionnel (55).

(51) Cf. Règlement cité à la note précédente :

Art. 14 – « L'organisation et la surveillance du service médical incombent à un médecin autorisé à pratiquer dans le canton, dit médecin responsable. Un remplaçant lui sera adjoint. Ces médecins seront choisis parmi les médecins ayant une activité stable dans l'établissement. Leur nomination sera soumise à l'approbation du Service de la santé publique. »

Art. 15 – « Le médecin responsable a notamment pour tâche :

a) d'organiser le service médical en collaboration directe avec la direction de l'établissement ;

b) d'organiser le service paramédical d'entente avec la direction et en collaboration directe avec l'infirmière ou la sœur-directrice, l'infirmier(ère)-chef ;

c) de veiller à ce que cette activité soit conforme aux lois, arrêtés et règlements en la matière ;

d) de prendre toutes dispositions nécessaires à l'hygiène hospitalière en général ;

e) d'élaborer, en collaboration avec la direction, des directives générales à l'intention du personnel soignant et de veiller à leur application ;

f) d'organiser, en collaboration avec le pharmacien responsable, l'infirmière-directrice, la sœur-directrice ou l'infirmier(ère)-chef, la distribution des médicaments dans l'établissement. »

(52) SAVATIER, Traité, pp. 402-404 ; DEROBERT, p. 299.

(53) Ibid.

(54) Ibid.

(55) SAVATIER, p. 19 : « L'art. 49 du Code de déontologie de 1955 dispose que tout projet de convention entre un médecin et une entreprise, une collectivité ou une institution de droit privé doit être communiquée au Conseil départemental de l'Ordre, qui vérifie sa conformité avec les contrats-types qui ont pu être établis par le Conseil national. Cet article veut ainsi éviter qu'un praticien signant un tel contrat aliène son indépendance éthique ou technique ; la seule subordination acceptée peut être administrative. »

Section 6. Les auxiliaires (56)

Les progrès constants de la médecine et les tâches toujours plus nombreuses et complexes qu'elle comporte ont créé, pour le médecin, la nécessité pratique de recourir aux services de nombreux auxiliaires qualifiés (57). Face à cette multiplication des professions paramédicales, la loi et, parfois aussi, des organismes corporatifs privés, ont créé des statuts particuliers ou ont édicté des réglementations d'ailleurs souvent imprécises (58). La LOS (59) énumère les professions paramédicales soumises aux règlements élaborés par le conseil d'Etat du Canton de Vaud, notamment les sages-femmes, les infirmières, les infirmiers, les infirmières HMI, etc. Ces règlements exigent de celui qui désire pratiquer une des professions prévues par l'art. 70 LOS qu'il présente ses diplômes au Département de l'intérieur.

Selon DEROBERT (60), l'auxiliaire médical est « tout professionnel qui, spécialisé ou non, répond à des critères de technicité qui le qualifient pour exécuter directement et personnellement sur un malade ou un handicapé des actes de nature thérapeutique ou prophylactique, possède une qualification professionnelle qui, même poussée à son plus haut degré, ne l'autorise jamais à exécuter une activité dans l'art de guérir, réservée au seul médecin, se trouve donc placé dans un état de subordination vis-à-vis des docteurs en médecine qu'il seconde et dont il reçoit des directives, l'acte étant accompli par délégation du praticien ».

Cependant, leur qualification officielle, attestée par un diplôme, et leur compétence de plus en plus grande, leur donnent une certaine autonomie qui engendre des responsabilités qui leur sont propres (61). Aussi, la jurisprudence et parfois même le législateur ont-ils réparti l'exercice de la médecine entre les

(56) Le personnel employé par une clinique comprend généralement :
— les employés du laboratoire,
— les employés de la radiologie,
— le personnel hôtelier (gouvernantes, cuisiniers, etc.),
— les infirmières en soins généraux (infirmières d'étage),
— le personnel de salle (instrumentistes, aides, garçons de salle),
— le personnel administratif.

(57) DEBRAY, pp. 125-126; BOYER CHAMMARD, p. 167; FROGE, pp. 71, 77-82; DE VILLE DE GOYET, p. 35; MUSTAFA, p. 119.

(58) SAVATIER, Traité, pp. 54-56; FROGE, pp. 77-78, 83.

A titre d'exemple, nous citerons les directives de l'Association Suisse des Infirmières et Infirmiers Diplômés (ASID).

(59) Art. 70-71. Pour la France, voir notamment DEROBERT, pp. 109-134.

(60) Op. cit., p. 109.

Cf. aussi FROGE, pp. 77-78 qui note que les auxiliaires médicaux n'ont jamais pour fonction que de prolonger l'acte thérapeutique et non d'accomplir l'acte médical qui demeure l'apanage exclusif des médecins.

MARCOUX, pp. 105-106 : « Le médecin — responsable de la conduite de la thérapeutique qu'il a instaurée à la suite de son diagnostic — demeure le seul capable de juger de l'ensemble de la situation du malade et de prendre les mesures que requiert l'évolution de la maladie ».

PHARAON, p. 126.

KORNPROBST, G. JULIEN et A. MATHIAS, Les auxiliaires médicaux, Masson, Paris 1966.

(61) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 341; FROGE, pp. 77-78; MARCOUX, p. 22.

différentes professions dites « médicales » et ont-ils donné la possibilité aux médecins de déléguer une partie du monopole de leur activité aux auxiliaires médicaux. Ces auxiliaires cessent d'être ainsi un personnel entièrement subalterne pour se hisser au rang de techniciens qualifiés (62).

(62) FROGE, pp. 77, 78, 82.

MARCOUX, p. 22 : « Ces professions se voient déléguer une partie du monopole médical, leur permettant d'agir sur prescription d'un médecin de façon autonome envers leurs patients ou de collaborer à une activité médicale complexe en présence du médecin et sous la responsabilité de celui-ci. Du point de vue réglementaire, ils ne peuvent traiter directement les malades, mais doivent agir sur prescription qualitative et quantitative du médecin, ou du moins sur son conseil. »

Chapitre II

Le partage des responsabilités entre le chirurgien et l'anesthésiste

La doctrine et la jurisprudence suisses concernant l'acte chirurgical sont peu abondantes; nous avons donc été contraint de faire de nombreuses incursions dans le droit étranger, plus particulièrement dans le droit français. C'est en France, en effet, que les problèmes qui nous intéressent (notamment l'acte opératoire et le partage des responsabilités entre les membres de l'équipe chirurgicale) ont été le plus largement traités par les tribunaux et par d'éminents jurisconsultes dont la réputation dépasse largement le cadre national.

C'est également en France que nous avons cru trouver en ces matières la conception juridique et déontologique s'accordant le mieux avec les principes généraux de notre droit et les usages de nos assurances de la responsabilité civile. Enfin, par affinité, la pratique médicale française et celle de la région lémanique sont assez proches.

Aussi, dans la mesure où les solutions de droit adoptées à l'étranger étaient compatibles avec notre système juridique et notre mentalité, nous les avons prises en considération, mutatis mutandis, ceci d'autant plus que dans les pays développés, l'œcuménisme de la médecine l'emporte sur les particularités nationales de chaque droit, ainsi que l'ont démontré les actes du premier Congrès de Droit Médical à Gand, au mois d'août 1967.

Section 1. L'ancienne conception de l'équipe chirurgicale: la prépondérance du chirurgien

L'art. 45 du Code de déontologie français du 28 novembre 1955 précise que «le chirurgien a le droit de choisir son aide ou ses aides opératoires ainsi que l'anesthésiste». L'indépendance professionnelle du médecin, reconnue par l'art. 9 du même Code ainsi que par la jurisprudence constante (1), n'empêche pas, selon la doctrine et les tribunaux (2), qu'un praticien puisse être le préposé d'un autre médecin qui est alors responsable de ses actes «pourvu que soient

(1) Sur la nécessité de cette indépendance, cf. notamment Cass. civ. 15 mai 1928, Gaz.Pal., 1928 II 194 ou D. 1929.1.53, note NAST.
Voir également, supra, note 88, chap. IX, 1re partie.

(2) Trib.Gd.Inst. Versailles, 11 décembre 1970, JCP 1971.II.16755; Paris, 14 février 1958, Gaz.Pal., 1958.I.438; SAVATIER, Traité, pp. 304-306.
Contra: ÇAKMUR, p. 43.

remplies les deux conditions de choix et de subordination qui crèent entre toutes personnes un lien de préposition en droit français» (3).

Les tribunaux ont suivi longtemps, avec obstination, l'idée traditionnelle qui veut que le chirurgien soit seul responsable, comme maître suprême de sa salle d'opération, «l'anesthésie n'étant qu'une partie intégrante de l'intervention chirurgicale» (4). Ainsi, l'anesthésiste, considéré comme un auxiliaire du chirurgien au même titre que l'instrumentiste ou son assistant apparaissait comme le préposé du chirurgien auquel il était subordonné (5). Nous citerons deux exemples:

1) Un patient fut atteint au cours d'une opération d'une paralysie du nerf cubital droit due à une maladresse de l'anesthésiste. Le Tribunal civil de Grenoble (6), le 16 mai 1956, s'est rallié à la thèse classique qui rendait responsable le seul chirurgien des fautes de son anesthésiste, ce dernier fût-il docteur en médecine et spécialiste. La décision de la Cour relève que «l'anesthésiste, choisi ou agréé par le chirurgien, agit sous son contrôle, le départ étant difficile entre ce qui est accompli par le chirurgien et ce qui l'est pas l'anesthésiste». Aussi le Tribunal a-t-il rejeté l'action du patient en tant qu'elle était dirigée contre l'anesthésiste.

2) Tirant les conséquences de l'article 45 du Code de déontologie, la Cour de Cassation, dans un arrêt du 18 octobre 1960 (7), a statué dans le même sens:

> «Attendu que le chirurgien investi de la confiance de la personne sur laquelle il va pratiquer une opération est tenu, en vertu du contrat qui le lie à cette personne, de faire bénéficier celle-ci, pour l'ensemble de l'intervention, des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données de la science; qu'*il répond dès lors des fautes que peut commettre le médecin auquel il a recours pour l'anesthésie* et qu'il se substitue en dehors de tout consentement du patient, pour l'accomplissement d'une partie inséparable de ses obligations...»

Les progrès rapides de l'anesthésiologie entraînèrent une évolution de la jurisprudence qui, après avoir retenu exclusivement la responsabilité du chirurgien, mettra en cause la responsabilité «in solidum» de l'anesthésiste et du chirurgien, puis la responsabilité du seul anesthésiste pour ses propres fautes (8).

(3) Au sens de l'art. 1384, al.5, du Code civil français.

(4) ÇAKMUR, pp. 47-48.

FROGE, pp. 42-44 souligne qu'«au moment de l'acte opératoire, la responsabilité du chirurgien, pour des raisons de fait, pour des raisons de droit, domine de beaucoup celle de l'anesthésiologiste».

(5) FROGE, p. 43; ÇAKMUR, pp. 47-48.

Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial: La responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), p. 272: «Le chirurgien assume la responsabilité civile des fautes éventuelles de tous les membres de son équipe, et l'accident anesthésique est pendant toute cette longue période considéré comme un accident opératoire, non détachable de l'acte chirurgical.»

(6) Trib.Gd.Inst. Grenoble, 16 mai 1956, JCP 1956.II.9456, note R. SAVATIER.

(7) Cass. 18 octobre 1960, JCP 1960.11846, note R. SAVATIER.

Dans le même sens: Cass. 12 juillet 1961; Paris, 31 mai 1966, JCP 1967 IV Edit. G. 28; Trib. Gd. Inst. Versailles, 11 décembre 1970, JCP 1971.II.16755; Trib. Gd. Inst. Lyon, 28 novembre 1973, JCP 1974.II.17652, note R. SAVATIER; «Sécurité humaine et responsabilité civile du médecin», D. 1967.35, R. SAVATIER.

(8) FROGE, pp. 41-42.

Section 2. La mise en cause « in solidum » de l'anesthésiste et du chirurgien

« La collaboration du chirurgien et de l'anesthésiste dans les examens préalables du futur opéré, dans les contrôles et le choix surtout des méthodes et des anesthésiques, la préparation du malade de plus en plus minutieuse avec le perfectionnement des techniques, conduit à estimer que leur responsabilité en cas d'accident est, sinon égale, du moins si étroitement liée qu'il n'est pas possible d'incriminer seulement l'un d'eux (9). » La jurisprudence retiendra donc parfois une responsabilité in solidum (10) du chirurgien et de l'anesthésiste.

Le chirurgien répond de l'anesthésiste qu'il a choisi lorsque celui-ci cause par sa faute un dommage au patient. Cependant l'anesthésiste n'est plus considéré ici comme un simple exécutant. « Si le chirurgien est responsable de lui c'est parce qu'il est le seul à avoir contracté avec le malade. Il s'agit d'une responsabilité contractuelle du fait d'autrui et non de la responsabilité du commettant pour son préposé. La responsabilité de l'anesthésiste est, elle, délictuelle ou quasi délictuelle (11). »

Nous analyserons maintenant, parmi d'autres (12), trois arrêts typiques :

A) Un anesthésiste injecta du penthotal dans l'artère d'une patiente au lieu de la veine ; une gangrène se développa, nécessitant l'amputation du bras.

Le Tribunal de Grande Instance de Bordeaux, le 26 février 1964, n'a pas retenu la responsabilité contractuelle du chirurgien à raison de son activité d'opérateur :

> « La patiente n'a pas pu apporter la preuve de fautes caractérisées de l'opérateur attestant une méconnaissance certaine de ses devoirs, une imprudence ou une négligence eu égard à l'état actuel de la science et aux règles consacrées de la pratique médicale. »

La Cour a retenu la responsabilité délictuelle de l'anesthésiste estimant « qu'aucun contrat médical indépendant n'a pu se former entre la patiente et l'anesthésiste » et que ce dernier a commis « une maladresse qui constitue une faute personnelle caractérisée ».

Le Tribunal a considéré enfin que, sur le plan contractuel, la responsabilité civile du chirurgien était engagée par la faute de l'anesthésiste qu'il avait choisi en sa qualité de commettant :

(9) Ibid., p. 44.

(10) « La condamnation « in solidum » permet au malade ou à ses ayants droit de réclamer la totalité des dommages-intérêts soit au chirurgien soit à l'anesthésiste, celui qui paie se retournant ensuite contre l'autre pour la partie de la dette qui ne lui incombe pas. » (DEROBERT, p. 301)

(11) DEROBERT, p. 301.

(12) Cf., notamment, quatre arrêts retenant la responsabilité « in solidum » du chirurgien et de l'anesthésiste : Cass. crim., 12 juillet 1961 ; Trib.corr. de Nice, jugement du 28 mars 1969 ; Cass. crim., 22 juin 1972, JCP 1972 II 17266, note R. SAVATIER ; Cass. crim. 22 juin 1972, arrêt cité par BOYER CHAMMARD, pp. 245-246.

« Attendu qu'aux termes du jugement, le Tribunal a retenu que la demoiselle Z... (la patiente), qui ne connaissait pas auparavant le Dr. Y... (l'anesthésiste), ne l'a pas choisi et n'a pas eu, tacitement, à ratifier son choix, dès lors qu'il s'agissait de l'anesthésiste habituel du Dr. X... (le chirurgien), attaché en permanence au chirurgien.
Attendu que la malade n'avait nullement la possibilité de refuser l'intervention de l'anesthésiste, que le chirurgien s'était adjoint pour l'assister.
Attendu que le chirurgien est responsable des conséquences dommageables résultant de la faute commise par l'anesthésiologiste lorsque celui-ci est choisi par lui, sans que le choix ait été ratifié par la patiente et lorsqu'il agit sous le contrôle du chirurgien, qu'en effet investi de la confiance d'une personne sur laquelle il va pratiquer l'opération, et tenu, en vertu du contrat qui le lie à cette personne de faire bénéficier celle-ci pour l'ensemble de l'intervention de soins consciencieux, attentifs et conformes aux données acquises de la science, le chirurgien répond des fautes que peut commettre le médecin auquel il a recours pour l'anesthésie, et qu'il se substitue, en dehors de tout consentement du patient, pour l'accomplissement d'une partie inséparable de son obligation.
Attendu, en conséquence, que le Docteur X..., est responsable, en qualité de chirurgien, des conséquences dommageables de la faute professionnelle caractérisée établie à l'encontre du Docteur Y..., son préposé.Attendu qu'il existe une obligation *in solidum* du Docteur Y... et du Docteur X... en qualité de chirurgien, quant à la réparation du dommage subi par la demoiselle Z..., que le Docteur Y... et sa compagnie d'assurances, le Docteur X... et sa compagnie d'assurances sont tenus *in solidum* de cette obligation. »

B) Le Tribunal de Grande Instance de la Seine, le 3 mars 1965 (13), a retenu la responsabilité contractuelle *in solidum* de l'anesthésiste et du chirurgien dans un cas d'explosion provoquée par une décharge électrique produite au niveau de la soupape du circuit d'expiration de l'appareil d'anesthésie. La Cour (14) a estimé que les relations entre le chirurgien et l'anesthésiste étaient trop complexes et leurs actes trop interdépendants pour qu'on puisse établir un partage des responsabilités réciproques :

« ... Attendu que dans la recherche de la vérité juridique le juge doit s'attacher aux faits ; Attendu que progressivement les rapports d'autrefois entre le médecin et le malade qui se confiait à lui se transforment, le malade apparais-

(13) JCP 1966 II 15482, note R. SAVATIER.

(14) Le chirurgien et l'anesthésiste ont fait appel. La Cour d'Appel de Paris (arrêt non publié du 23 mai 1966) a tranché le litige sur le plan délictuel :

« Considérant, sur le fondement de l'article 1384, alinéa premier, du Code civil, qu'il est constant que le dommage dont la réparation est demandée a été causé par le fait d'appareils d'anesthésie ; que le Docteur D... anesthésiologue, qui avait la direction, l'usage et le contrôle de cette chose, dont elle était d'ailleurs propriétaire pour l'avoir acquise quelques années plus tôt aux Etats-Unis d'Amérique, et qui n'excipe ni d'un cas fortuit ou de force majeure, ni d'une cause étrangère, doit être déclarée responsable de ce dommage... ».

Le pourvoi de cassation formé par l'anesthésiste fut rejeté (Cass. civ., 1er avril 1968, D. 1968.653).

sant de plus en plus au médecin sous la forme d'une fiche tandis que le patient a l'impression d'être livré à un mécanisme;
Attendu que, spécialement dans le domaine chirurgical, le malade n'a pas affaire à un seul médecin mais à une équipe chirurgicale évoluant au milieu d'un matériel nombreux, perfectionné, mais aussi inquiétant; Attendu qu'il apparaît vain de rechercher si un contrat singulier s'est formé entre l'opéré et l'hématologue, le radiologue ou l'anesthésiste, étant donné que ce contrat entouré du secret professionnel serait le plus souvent tacite;
Attendu que les difficultés d'une telle méthode ne pourraient avoir pour effet que de dérouter le demandeur poursuivant la recherche de responsabilités qui n'ont que trop tendance à se diluer;
Attendu que la notion d'équipe apparaît comme donnant la solution juridique la plus conforme à la réalité; Attendu que du fait même que des médecins se constituent en équipes pour soigner des malades, ils donnent implicitement mandat à celui d'entre eux qui contacte le malade de passer en leur nom un contrat médical avec ce dernier qui, de son côté, accepte de recevoir les soins des différents membres de l'équipe étant entendu que ceux-ci seront collectivement tenus de l'obligation de sécurité découlant du contrat;
(...)
Attendu dès lors que les deux médecins défendeurs ne justifiant pas que l'inexécution de leurs obligations provient d'une cause étrangère qui ne peut leur être imputée, doivent être condamnés *in solidum* à la réparation du préjudice causé par le décès de la dame L...».

C) Dans un cas de paralysie des bras provoquée par une mauvaise fixation du patient sur la table durant l'opération, la Cour d'Appel de Paris (15) a également mis en cause la responsabilité *in solidum* du chirurgien et de l'anesthésiste:

«Considérant qu'en négligeant de vérifier si toutes les précautions utiles avaient été prises pour prévenir chez L... une compression du nerf durant l'anesthésie profonde qu'elle allait provoquer, la dame X... (anesthésiste) a commis une faute quasi délictuelle, en relation de cause à effet avec les troubles paralytiques manifestés par L... à son réveil; que L... est ainsi fondé à lui demander réparation de son préjudice. Considérant qu'il est aussi fondé à poursuivre cette réparation contre le Docteur B... (chirurgien) qui assumait la direction de l'intervention chirurgicale dans ses différents actes et avait la possibilité et le devoir de contrôler la position du patient sur la table d'opération; qu'au surplus, investi de la confiance de la personne sur laquelle il va pratiquer une opération et tenu, en vertu du contrat qui le lie à cette personne, de faire bénéficier celle-ci de soins consciencieux et conformes aux données de la science, le chirurgien répond des fautes que peut commettre le médecin auquel il a recours pour l'anesthésie et qu'il se substitue, en dehors de tout consentement du patient, pour l'accomplissement d'une partie inséparable de son obligation; que, la faute contractuelle du Docteur B... ayant concouru avec la faute quasi délictuelle du Docteur X... à la réalisation de l'entier préjudice subi par L..., une condamnation *in solidum* interviendra contre ces deux praticiens.»

(15) Arrêt de la 1re Chambre civile du 11 mai 1966 cité par DEROBERT, p. 301.

Section 3. La mise en cause du seul anesthésiste

A) Généralités

Diverses considérations amèneront la jurisprudence à répartir différemment (16) la responsabilité civile entre le chirurgien et l'anesthésiste au sein de l'équipe opératoire:

1) L'anesthésie moderne nécessite l'emploi de drogues dont le maniement est toujours plus délicat et plus dangereux (17); les techniques, sans cesse plus complexes, se perfectionnent constamment. En outre, de nos jours, l'anesthésiste est généralement un médecin hautement spécialisé (18).

2) Certains actes font désormais partie de la compétence exclusive de l'anesthésiste dans la pratique médicale. Ainsi, avant, pendant et après l'opération, des accidents qui n'ont rien de commun avec la mission du chirurgien qui travaille dans le champ opératoire, peuvent se produire. Ces accidents, par opposition aux accidents opératoires, sont détachables et imputables au seul anesthésiste (19).

3) L'anesthésiste aujourd'hui n'est plus le simple « narcotiseur » d'autrefois; il est le collaborateur le plus précieux du chirurgien. Il arrive même qu'il déconseille une intervention sur un malade qu'il juge trop faible. Il discute du choix de l'anesthésique avec le chirurgien qui ne saurait lui imposer son opinion (20).

4) La conception du chirurgien « seul responsable » se heurte à l'évolution de la médecine et à la pratique en salle d'opération. Le chirurgien, occupé à opérer, ne peut et ne doit pas, dans l'intérêt même du malade, contrôler le déroulement de l'anesthésie et son entretien. L'opérateur, assez étranger à la complexité des techniques et des produits de l'anesthésie moderne, est trop content de se décharger de cette tâche en la confiant à un confrère spécialisé qui l'assure de toute la tranquillité d'esprit nécessaire à la réussite de sa mission opératoire. Ainsi, les fonctions de ces deux praticiens, bien que tendant au même résultat, ne sont pas nécessairement subordonnées l'une à l'autre (21).

(16) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 306; LOMBARD, pp. 93-94; FROGE, pp. 30, 36, 37 et 40; F. LEYMARIE, pp. 17, 20-21; C. HERMAN, « Responsabilité médicale en anesthésie-réanimation », dans Encyclopédie Médico-Chirurgicale, 36995 C., 10-1973, pp. 6 ss.

(17) F. LEYMARIE, p. 26.

(18) Cf. les auteurs précités à la note 16, supra, ainsi que F. LEYMARIE, pp. 16 et 26.

ÇAKMUR, p. 48: « Dans la salle d'opération, en effet, il y a un chirurgien et un anesthésiste qui, généralement, sont tous deux docteurs en médecine, spécialistes avec chacun une formation post-universitaire de cinq ans au moins (souvent bien davantage encore pour le chirurgien), en possession d'un diplôme identique et jouissant des mêmes prérogatives attachées à ce diplôme, qui vont tous deux collaborer, à part égale, en « tandem », à une œuvre commune dont l'objet est la guérison du malade, chacun ayant une vision spécifique, distincte, pour laquelle il répond seul. L'équivalence des titres postule le partage des responsabilités. »

(19) FROGE, pp. 30 et 40; F. LEYMARIE, pp. 20-21; Paris, 10 décembre 1970, Gaz.Pal., 1971 I 74; R. SAVATIER, « L'évolution de la responsabilité du médecin-anesthésiste », dans Cahiers Laennec, juin 1969, p. 53.

(20) Pas plus qu'il n'indique au radiologue le temps de pose ou au laboratoire la méthode bactériologique.

Cf. F. LEYMARIE, pp. 16-17.

(21) F. LEYMARIE, pp. 17 et 26; C. HERMAN, op.cit., p. 6; KORNPROBST, N° 306 et 325; ÇAKMUR, p. 80.

5) Ajoutons enfin que l'anesthésiste est également de nos jours un réanimateur: la réanimation d'urgence des traumatisés et des grands brûlés, les défaillances cardio-vasculaires, les embolies, les infarctus, les hémorragies, les anuries, tous les problèmes métaboliques souvent complexes sont également de son ressort, même en dehors de tout acte opératoire (22).

Ainsi, la conception unitaire de l'acte opératoire qui s'étendait traditionnellement de l'induction au réveil de l'opéré, peut-être valable il y a vingt ans encore, se trouve dépassée (23). En schématisant, on peut dire qu'il y a deux praticiens accomplissant deux actes médicaux bien distincts: l'un opère, l'autre endort (24).

Aussi, les tribunaux ne considèrent-ils plus actuellement le chirurgien comme automatiquement responsable des fautes commises par chaque membre de son équipe (25). Les progrès de l'anesthésie ainsi que l'importance accrue du rang occupé par l'anesthésiste dans la salle d'opération ont conduit à cette évolution de la jurisprudence qui, certes, laisse toujours au chirurgien le rôle principal de « maître du plan d'ensemble de l'action opératoire », mais qui admet de plus en plus souvent la notion de responsabilité autonome de l'anesthésiste, responsabilité particulière dont les tribunaux ont peu à peu précisé les conditions et les limites (26).

La responsabilité séparée de l'anesthésiste a mis beaucoup de temps à s'établir. Pourtant, en mars 1935 déjà, la Cour de Lyon déclarait: « Le médecin n'est pas responsable du fait du spécialiste dont il s'est adjoint le concours. » Cet arrêt ne pouvait toutefois pas s'appliquer par analogie à l'anesthésiste vu qu'à l'époque la narcose n'était pas pratiquée par un spécialiste ni même généralement par un médecin (27).

Dans un arrêt du 3 novembre 1953, le Tribunal civil de la Seine, jugeant un cas où le chirurgien ainsi que son anesthésiste étaient actionnés tous deux pour une paralysie du plexus brachial, déclarait: « Le chirurgien ne peut être rendu responsable des fautes qu'a pu commettre l'anesthésiste qui, lui-même agissant, en ce qui concerne cette spécialité, en toute indépendance, ne peut en aucune façon être considéré comme le préposé du chirurgien. »

(22) FROGE, pp. 36-37.

(23) KORNPROBST, Le contrat de soins, p. 306.

(24) FROGE, pp. 36-37; F. LEYMARIE, p. 17; KORNPROBST, Le contrat de soins, p. 306; C. HERMAN, op. cit., p. 6; Trib.civ. Toulouse, 7 novembre 1957, JCP 1959-10972, note R. SAVATIER.

(25) ÇAKMUR, pp. 80-81; LOMBARD, pp. 93-94; F. LEYMARIE, pp. 16-17, 20-21; FROGE, pp. 30 et 40; DEROBERT, p. 301; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 939.

(26) La spécificité des tâches de l'anesthésiste — même si son travail reste solidaire de celui de l'équipe opératoire dans son ensemble — et du chirurgien a permis aux tribunaux d'apprécier à maintes reprises, séparément, leurs responsabilités d'après la nature respective de leurs obligations.

(27) Déjà dans Médecine et Hygiène, numéro du 1er juin 1948, on pouvait lire: « L'anesthésie moderne n'est plus cet acte simple que nous pratiquions à peu près de la même façon depuis un siècle et qui consiste, avec plus ou moins de bonheur, à obtenir que le malade, placé sur la table d'opération, soit insensible et immobile. Bientôt, je l'espère, celui qui se chargera en France d'anesthésier un malade ne sera plus le premier étudiant qu'on rencontre dans les couloirs. Ce sera un anesthésiste professionnel avec ce que cela comporte de connaissances et de responsabilités. Ce sera donc un spécialiste qui devra, pour mériter son titre, faire un supplément d'études qui durera un an au moins (...) Sa responsabilité sera entière en présence d'un accident relatif à son travail dans l'acte opératoire total. »

Le Tribunal de Grande Instance de Belfort, en 1970, a souligné la responsabilité personnelle de l'anesthésiste dans un cas d'anoxie au début d'une anesthésie générale (28):

> «Il est essentiel de rappeler que l'activité des deux médecins est nettement distincte et qu'il ne saurait être question d'une responsabilité d'équipe: le Docteur X... au moment de l'intubation, n'ayant commencé à exécuter aucun geste chirurgical.
> Le chirurgien n'exerce aucune surveillance sur l'anesthésiste; au surplus, en vertu du principe de l'indépendance stipulé au Code de Déontologie, le chirurgien ne peut donner aucun ordre à son anesthésiste.
> La théorie de la responsabilité d'équipe est une notion qui méconnaît les éléments de la réalité. En effet, retenir le chirurgien dans les liens d'une condamnation serait admettre qu'il est responsable d'un acte qui n'est pas de son ressort et de sa compétence.»

Notons enfin que le droit anglais (29), bien avant le droit français, puis le droit allemand (30), ont admis la responsabilité indépendante de l'anesthésiste et du chirurgien pour les actes qui relèvent de leur spécialité.

(28) Dans le sens de la responsabilité autonome de l'anesthésiste, cf. également Cass. crim. 16 mai 1961, JCP 1961 II 12318, note R. SAVATIER; Cass. civ., 1er avril 1968, D.1968.653; Cass. civ. 27 mai 1970, JCP, 191; Montpellier, 5 mai 1971, JCP 1971 II 16783.

Voir aussi R. SAVATIER, «L'évolution de la responsabilité du médecin-anesthésiste» dans Cahiers Laennec, juin 1969, p. 53; DE VILLE DE GOYET, pp. 3 et 12.

(29) Anesthesia and the law, Charles-C. THOMAS, 1961, Illinois/USA, cité par ÇAKMUR, pp. 78-79: «The development of anesthesiology as a bona fide medical speciality has produced new facets to the traditionnel patient-physician relation ship. The anesthesiologist himself is directly responsible to the patient for certain aspects of his professionnel acts. This responsability is recognized by law, and the anesthesiologist cannot evade it by hiding behind the surgeon's gown».

Modern Anesthetic Problems in ORL considered from the medical Jurisprudence, dans Anesthesiology, vol. II, N° 12, décemb re 1967, p. 2111: The surgeon and the specialized anesthetist are equal partners, each with his own responsabilities. Since modern anesthetic methods improve the outcome of an operation, it is necessary, as a matter of principle in medical ethics, that every ORL surgeon makes use of these methods, which can be done by cooperation with a specialized anesthetist or these methods, which can be done by cooperation with a specialized anesthetist or a socalled part-time anesthetist. In order to avoid forensinc difficulties, it is recommended that the surgeon and the anesthetist together work out a set of rules. The present shortage of specialized anesthetists constitutes a difficulty which is felt in particular by ORL specialists actively engaged with surgery in their own practices; their particularly difficult situation should be taken into account in regard to the demands made by anesthetists. A compromise will often be unavoidable. Certain basic requirements with regard to the preparation, premedication, anesthetic technic and treatment of accidents should be fulfilled by every ORL specialist in his own practice. The management of anesthesia by ancillary medical personnel is an emergency solution which should be avoided as much as possible; rather, use should be made of physicians with a partial training in anesthesiology. If there exists any suspicion of a therapeutic error, even in the case of an unjustified claim, it is advaisable that the physicians involved themselves take the initiative to an investigation gy the authorities.

MODERN ANESTHETIC PROBLEMS FROM THE LEGAL POINT OF VIEW, dans Anesthesiology, vol. III, N° 1, January 1968, abstract N° 5: In a case of culpable negligence resulting in injury or death of the patient it must be established in every individual case that the unfortunate result could have been foreseen at the time by the physician or surgeon concerned. The «due care» of the doctor depends on the concrete situation and on his position; what would not necessarily be a lack of due care on the part of a general practitioner might well be considered as such in a chief of a clinic with his better facilities. In German civil law the surgeon is responsible for the shortcomings of his anesthetic nurse or assistant, but in criminal law his own personal guilt or that of his anesthetist

Plusieurs figures de droit — que nous allons examiner maintenant — permettent à la jurisprudence et à la doctrine françaises de reconnaître la responsabilité du seul anesthésiste pour ses propres fautes:

— l'existence d'un contrat direct entre l'anesthésiste et le patient;
— la notion d'acte détachable de l'acte opératoire;
— la stipulation pour autrui.

B) Le contrat direct entre l'anesthésiste et le patient

L'anesthésiste qui a conclu un contrat de soins avec le patient devient naturellement le débiteur des obligations découlant d'un tel contrat (31). Ce n'est donc plus la responsabilité contractuelle du fait d'autrui qui pèsera sur le chirurgien en cas de mauvaise exécution des soins promis par l'anesthésiste (32).

« La notion de contrat entre l'anesthésiste et le patient consacre ainsi l'indépendance de ce spécialiste et fait naître une division des tâches entre l'anesthésiste et le chirurgien qui exonère la responsabilité de chaque praticien dans le domaine où il n'est pas spécialisé (33). »

L'existence d'un tel contrat peut paraître douteuse au premier abord, car l'anesthésiste n'a pas de clientèle propre et travaille dans une équipe animée par le chirurgien que le malade choisit directement; cependant, une telle convention n'en existe pas moins (34). En fait, dans la pratique, le malade ne passe pas de contrat exprès avec l'anesthésiste; il ne manifeste pas formellement et directement la volonté de contracter avec lui. « Mais il est raisonnablement possible de déduire de ses actes l'existence d'une telle volonté... Par suite, le comportement du malade — qui versera d'ailleurs des honoraires séparés à l'anesthésiste — ne vaut pas comme déclaration, mais comme indice de volonté, La volonté de contracter avec l'anesthésiologue, que fait apparaître l'attitude du patient, y est impliquée. Une telle volonté tacite doit généralement suffire à former le contrat de soins. Ce sont donc les circonstances qui permettent d'affirmer que le malade a ratifié, ne serait-ce que tacitement, le choix du médecin-anesthésiste engagé par le chirurgien auquel il est confié (35). »

must be established. If the anesthetic is administered by anesthetist of specialist status, then he alone is responsible for the activities of his assistants and other auxiliaries.

(30) Walther WEISSAUER, Arbeitsteilung und Abgrenzung der Verantwortung zwischen Anesthesist und Operateur, dans « Der Anaesthesist », juillet 1962, Tome XI, N° 7, p. 239.

(31) F. LEYMARIE, pp. 32-33.

(32) Ibid.

(33) F. LEYMARIE, p. 33; cf. aussi R. SAVATIER, note au JCP 1956.II.9456.

F. LEYMARIE, p. 39: « L'anesthésiologue apparaît alors comme le collaborateur techniquement indépendant du chirurgien qui lui a demandé d'accomplir seul, en toute liberté, certains actes médicaux indispensables à la réussite de l'opération.

(34) Cf. HERMAN, op.cit., p. 11; F. LEYMARIE, p. 32.

(35) F. LEYMARIE, pp. 34-35; voir aussi KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 311.

(36) Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numero spécial: La responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), pp. 337, 338 et 346.

Cf. aussi, infra, pp. 328-329.

Divers arrêts ont admis l'existence de ce contrat et en ont déterminé le caractère (36), notamment celui de la Cour d'Appel de Paris du 14 février 1958 (37):

> « Considérant que, si contrairement à ce qui se produit quand l'anesthésie est pratiquée par un simple infirmier qui engage la responsabilité du chirurgien qu'il assiste, le médecin-anesthésiste n'engage pas nécessairement, par ses fautes, la responsabilité du chirurgien opérant le malade qu'il a endormi, encore faut-il pour qu'il en soit ainsi:
>
> — que l'anesthésiologiste ait été soit choisi par le patient, soit agréé par lui, au moins tacitement, sur présentation du chirurgien;
>
> — qu'en toute hypothèse, l'anesthésiste ait vu et examiné le patient avant l'opération. »

Cette conception fut confirmée par la Cour de Cassation le 18 octobre 1960 (38) et reprise dans un arrêt plus récent par la Cour d'Appel de Nancy du 24 septembre 1966 (39):

> « Ainsi, l'anesthésiste, engagé et présenté par la clinique, est certainement avec son patient en situation personnelle de « colloque singulier » à l'intérieur d'un contrat médical complémentaire. Il en résulte que, dans la tâche contractuellement confiée à lui, l'anesthésiste devient médicalement responsable et l'est seul, si ses actes médicaux n'engagent pas contractuellement avec lui d'autres médecins. »

Comme toute convention, le contrat de soins suppose un accord de volontés. Le contrat s'établit lors de l'entretien qui met en présence pour la première fois l'anesthésiste et le futur opéré, c'est-à-dire le plus souvent la veille de l'opération, quand l'anesthésiste effectue sa visite pré-opératoire (40).

En revanche, en l'absence d'une convention entre l'anesthésiste et le patient, le chirurgien, seul lié contractuellement au patient, répond, comme tout débiteur qui fait appel à un tiers pour l'exécution de ses obligations, des fautes dommageables commises par l'anesthésiste qu'il a engagé dans son équipe opératoire et qui devient ainsi son préposé (41). Il suffit d'établir, comme l'a fait la

(37) JCP 1958.10533, note R. SAVATIER.

(38) JCP 1960.II.11846, note R. SAVATIER; voir aussi Cass. civ. 27 mai 1970, JCP 1971. II.16833, note SAVATIER (cet arrêt admet l'existence d'un contrat même s'il est tacite, c'est-à-dire même si l'anesthésiste a été agréé simplement parce que le patient n'a pas fait d'objection).

Cf. aussi Trib. civ. de la Seine, 15 mai 1956, D.1956.554: « C'est le fait que l'anesthésiste avait été honoré à part et directement par le patient qui parut déterminant au Tribunal pour admettre la responsabilité autonome de l'anesthésiste et du chirurgien et en l'espèce pour dégager celle de l'opérateur. »

(39) Arrêt cité par FROGE, p. 46.

(40) F. LEYMARIE, pp. 34-36; HERMAN, op.cit., p. 11. Ces auteurs font en outre remarquer que « ce n'est pas lorsque le patient se trouve dans le bloc opératoire dans les quelques minutes qui précèdent l'induction qu'il est possible de dire qu'il passe en toute conscience un contrat libre et séparé avec l'anesthésiste ».

Cf. aussi DEROBERT, p. 302; FROGE, p. 46.

(41) Cf. F. LEYMARIE, pp. 35-37; FROGE, p. 46; H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, Traité de la responsabilité civile, 6e éd., T.I. N° 965 ss.; BECQUE, De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle; R. SAVATIER, Traité de la responsabilité civile, éd. 1951, T.I. N° 159 ss.;

Cour de Cassation (42), que le chirurgien « avait seul choisi l'anesthésiologue qui devait l'assister dans l'opération qu'il s'était engagé à pratiquer... sans que rien n'établisse que ce choix ait été, même tacitement, ratifié par le malade, et qu'il devenait ainsi possible d'en déduire qu'aucun contrat médical n'était intervenu entre celui-ci et le médecin-anesthésiste ». Dans le même arrêt, la Cour affirme avec force ce principe :

> « Attendu que le chirurgien, investi de la confiance de la personne sur laquelle il va pratiquer une opération, est tenu, en vertu du contrat qui le lie à cette personne, de faire bénéficier celle-ci, pour l'ensemble de l'intervention, des soins consciencieux, attentifs et conformes aux données de la science ;
> qu'il répond dès lors des fautes que peut commettre le médecin auquel il a recours pour l'anesthésie et qu'il se substitue en dehors de tout consentement du patient pour l'accomplissement d'une partie inséparable de ses obligations. »

Puisque, dans cette hypothèse, l'anesthésiste n'a pas examiné le patient, la jurisprudence estime qu'« il doit donc recevoir dans l'accomplissement de sa mission particulière les instructions du chirurgien qui lui, par ses examens antérieurs, est apte à déterminer les mesures à prendre » (43). Comme le dit la Cour d'Appel de Paris, dans un arrêt du 14 février 1958 (44) :

> « Faute de cet examen (pré-opératoire), l'anesthésiologiste ignorera les particularités physiologiques et pathologiques de l'opéré, ne sera donc pas pleinement en mesure de conformer l'anesthésie à la condition du malade et de lui assurer le mode d'insensibilisation le plus approprié à son état et devra recevoir par conséquent, dans l'accomplissement même de sa mission particulière d'anesthésie, des instructions du chirurgien, qui seul a examiné le malade et le connaît. »

L'anesthésiste est alors en droit, au moment où on lui demande de faire partie de l'équipe chirurgicale, de se fier aux examens pré-opératoires pratiqués sur le patient par la clinique ou par le chirurgien. « Il prend en charge un malade

RODIERE, Y a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui ? Dans D.1952, Chron., p. 79 ; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 310 ; ÇAKMUR, pp. 42, 44 et 45.

Cf. également Trib.civ. Grenoble, 16 mai 1956, JCP 1956.II.9456, note R. SAVATIER : « Le médecin-anesthésiste qui, choisi par un chirurgien, assiste ce dernier, est couvert par la responsabilité du chirurgien, de telle sorte que l'action de la victime se plaignant d'une faute de l'anesthésiste doit en tout état de cause être dirigée pour le moins contre le chirurgien responsable de l'opération et non contre l'anesthésiste, simple exécutant. »

F. LEYMARIE, p. 35 : « Les soins promis par le chirurgien comprennent en effet ceux de ses collaborateurs qui doivent intervenir dans le bloc opératoire. En choisissant seul un anesthésiste pour son malade, le chirurgien répond contractuellement de la défectuosité de tous les soins qu'il s'est engagé à fournir pour mener à bien l'ensemble du traitement. Il importe peu que cette carence soit imputable au chirurgien lui-même ou aux autres membres de l'équipe qu'il réunit autour de lui, sans que le malade intervienne dans le choix. »

Voir encore, dans le même sens, Trib.Gd.Inst. Bordeaux, 26 février 1964 ; Trib. Gd.Inst. Lyon, 28 novembre 1973, JCP 1974, II, 17652, note R. SAVATIER.

(42) Cass. civ., 18 octobre 1960, JCP 1960 II 11846, note R. SAVATIER.

(43) ÇAKMUR, p. 46.

(44) JCP 1959 II 10533, note R. SAVATIER.

en quelque sorte *dédouané* et supposé normal, c'est-à-dire apte à la pratique classique de l'anesthésie, dont le chirurgien choisit d'ordinaire le mode (...) La direction de l'opération par le chirurgien, connaissant seul les antécédents, les prédispositions et les contre-indications particulières au malade, est de nature à disculper l'anesthésiste des décisions prises par l'opérateur si elles sont conformes à l'usage (45). »

Même en l'absence de contrat indépendant entre le patient et l'anesthésiste, la responsabilité civile de ce dernier peut tout de même être engagée, mais seulement sur le plan délictuel. « Il est (cependant) évident que le médecin-anesthésiste doit apporter au patient des soins consciencieux et attentifs d'une nature pratiquement identique à ceux qui pourraient naître d'un contrat médical (46). »

C) L'acte détachable de l'acte opératoire

La responsabilité de l'anesthésiste peut encore être recherchée dans la notion d'« acte détachable » de l'acte opératoire en tant que tel. La jurisprudence française récente a cherché à faire apparaître une distinction semblable à celle que connaît le droit administratif français entre les actes médicaux et les actes hospitaliers; elle établit, au cours des diverses phases du traitement opératoire, « une différenciation souhaitable des fautes qui, au sein d'une équipe chirurgicale, sont la conséquence d'actes tendant au même but, mais qu'une indépendance technique permet de détacher quand il s'agit d'engager la responsabilité de leur auteur... C'est ainsi que progressivement le médecin-anesthésiste est seul mis en cause par les tribunaux pour ses fautes propres. La notion d'acte détachable permet, en effet, d'individualiser le travail de ce spécialiste (47) ».

Cependant, si la notion d'acte détachable semble actuellement admise, le problème le plus difficile reste de déterminer quelle est la partie de la mission de

(45) ÇAKMUR, pp. 45-46. L'auteur ajoute toutefois que « cette immunité serait incomplète si la pratique d'une piqûre de curare devait être considérée comme exceptionnelle au cours d'une intervention et, ceci présupposé, l'anesthésiste ne se soit acquis auprès du chirurgien, l'assurance nécessaire qu'aucune contre-indication ne déconseillait cette mesure ».

Voir aussi KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 308:

« Les fautes, les erreurs de l'anesthésiste n'engageront, donc, en principe que lui seul sauf: 1) s'il est établi qu'à raison des faits de la cause, la reconnaissance qui lui incombe désormais des éléments du problème (particularités physiologiques et pathologiques de l'opéré, constitution du malade, etc.) ont été remplacées par des instructions précises du chirurgien qui a, seul, examiné le malade et, le connaissant, a choisi et prescrit le mode d'anesthésie reconnu inopportun; 2) si l'anesthésiologiste s'est trouvé, pendant le temps opératoire, l'assistant de l'opérateur, subordonné en droit à ce dernier, sans qu'aucun lien juridique, exprès ni tacite, n'existe entre le malade et l'anesthésiste. »

Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial: La responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), p. 284.

(46) F. LEYMARIE, p. 38.

(47) F. LEYMARIE, p. 28; FROGE, pp. 51, 71-72; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 737-738; du même auteur, Le contrat de soins, N° 311.

Trib.civ. Toulouse, 7 novembre 1957, JCP 1959.10972, note R. SAVATIER: « L'obligation contractuelle du chirurgien, dont la tâche est limitée à l'opération elle-même, et celle du médecin de la clinique, chargé de la surveillance fréquente du malade, de l'anesthésie et de la réanimation, sont distinctes et leurs responsabilités à l'égard du malade doivent être appréciées séparément, d'après la nature respective de leurs obligations. »

l'anesthésiologiste qui est détachable de l'acte opératoire (48). La Cour d'Appel d'Aix a tenté d'en donner une définition, le 26 novembre 1969 (49):

> «Considérant... qu'un chirurgien qui a recours à un médecin anesthésiste-réanimateur, spécialiste hautement qualifié, se décharge par là même sur son confrère du soin d'assurer l'endormissement du patient dans des conditions permettant l'acte opératoire, de surveiller l'état respiratoire et cardio-vasculaire de l'opéré pendant la durée de cet acte, et d'assurer son réveil;
> que leurs fonctions, quoique tendant au même but, ne sont nullement subordonnées l'une à l'autre, en l'état de l'évolution actuelle de la technique médicale, d'où il suit que L... (le chirurgien) n'avait ni à contrôler les doses du produit anesthésique employé par M... (l'anesthésiste), ni à se préoccuper du réveil de l'opéré, dont la surveillance, une fois l'acte opératoire terminé et le malade sorti du bloc opératoire, incombait seulement à l'anesthésiste.»

Commentant cet arrêt, KORNPROBST (50) estime qu'il s'agit là «d'une idée très saine, qui devrait désormais prévaloir, d'une théorie féconde et d'une extrême souplesse qui, en préservant l'unité d'action, pour déterminer chacun des actes accomplis, détachables du processus opératoire, n'engage alors la responsabilité que de la seule personne qui l'a exécuté».

Certes, la thèse de l'acte détachable ne conteste pas que l'anesthésie soit, à de nombreux égards et d'une certaine manière, sous la dépendance de la chirurgie puisque, par définition, l'anesthésie apparaît comme l'auxiliaire de cette thérapeutique principale.

Cependant, cette dépendance s'efface dans de nombreuses circonstances, notamment dans les phases pré- et post-opératoires (51), à condition — ce qui est actuellement de plus en plus le cas — que le chirurgien abandonne complètement à l'anesthésiste l'accomplissement de certains actes médicaux susceptibles d'être dissociés de l'opération elle-même et nécessaires à la réussite de l'intervention (52). Le médecin-anesthésiste peut alors assumer seul et librement, en raison de sa spécialisation, de ses connaissances et de son expérience, certains actes «détachés» et encourir ainsi une responsabilité propre (53).

La pratique médicale, puis la doctrine et la jurisprudence françaises, retiennent la responsabilité du seul médecin-anesthésiste pour les actes détachables suivants, dans la mesure où sa technique propre est uniquement en cause (54):

(48) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 741.

(49) Cf. La Presse médicale, 1970, N° 3, p. 134, note KORNPROBST; cf. aussi Paris, 1er juillet 1971, arrêt cité par FROGE, p. 155.

(50) FROGE, p. 51; F. LEYMARIE, p. 21.

(51) F. LEYMARIE, p. 39.

(52) Ibid.

(53) Ibid.; du même auteur, p. 21: «Il s'agit là d'une nécessité pratique, car le traitement opératoire ne peut pas se ramener à l'intervention proprement dite du chirurgien. Celle-ci n'en représente qu'un élément s'intégrant dans les diverses phases qui vont de la préparation de l'opération au réveil du patient.»

(54) F. LEYMARIE, p. 20.

Cf. aussi la Convention passée entre les sociétés françaises d'assurances couvrant le risque de responsabilité médicale, dans Le Concours médical, 1969, N° 47, p. 8737.

1) Les examens pré-opératoires non spécifiques et les prescriptions préparant l'anesthésie (55).
2) Les erreurs dans le choix du mode d'anesthésie (56).
3) L'installation et la fixation du malade sur la table d'opération, notamment en cas de paralysie provoquée par la compression prolongée du bras sur la table d'opération (57).
4) L'endormissement du malade (58).
5) L'anesthésie proprement dite, les défauts de surveillance du personnel mis à la disposition de l'anesthésiste aboutissant, par exemple, à des erreurs de groupages sanguins (59).
6) L'injection de penthotal dans une artère confondue avec une veine (60).
7) L'injection d'une dose anormalement élevée d'un produit (61).
8) Des fautes graves dans la technique, comme celles provoquant une explosion (62).
9) La réanimation (63).
10) La surveillance directe du malade jusqu'à son réveil (64).

Toutefois, comme nous le verrons au chapitre IV, la position des tribunaux est plus nuancée, du moins dans certains cas particuliers (65). En définitive, la notion d'acte détachable apparaît comme le complément de la notion de contrat direct entre l'anesthésiste et le malade. « L'anesthésiste est donc reconnu seul responsable aux deux conditions cumulatives suivantes:

a) il doit exister un contrat direct entre le malade et lui;
b) la faute doit « entrer dans le cadre d'un acte détachable de l'acte opératoire (66). »

(55) F. LEYMARIE, pp. 22-23.
(56) FROGE, p. 54.
(57) FROGE, p. 52, qui cite l'arrêt de la Cour de cassation du 12 novembre 1968; voir aussi F. LEYMARIE, pp. 21-22.
Voir, infra, chap. IV, sect. 13: « La fixation du malade sur la table d'opération »
(58) F. LEYMARIE, p. 20.
(59) F. LEYMARIE, pp. 21-22; FROGE, pp. 52 et 54.
(60) M. GAY, « Anesthésie et Responsabilité Médicale », thèse Poitiers 1971, pp. 51 ss.
Trib.corr. de la Seine, 9 mai 1961, cité par F. LEYMARIE, pp. 26-27.
(61) Cour d'Appel d'Aix, 26 novembre 1969, dans La Presse Médicale, 1970, N° 3, p. 134, note KORNPROBST: « Dans de telles circonstances, la jurisprudence a précisé que le chirurgien n'avait ni à contrôler les doses de produits anesthésiques employés par l'anesthésiste, ni à se préoccuper du réveil de l'opéré, dont la surveillance, une fois l'acte opératoire terminé et le malade sorti du bloc opératoire, incombait seulement à l'anesthésiste. »
(62) Trib.Gd.Inst. de la Seine, 4 juillet 1961; Cour d'Appel de Paris, 17 mai 1962, Gaz.Pal., 1962.2.173.
Voir aussi FROGE, pp. 52 et 54.
(63) F. LEYMARIE, pp. 21-22.
(64) F. LEYMARIE, pp. 20-22.
Cour d'Appel d'Aix, 26 novembre 1962.
(65) La responsabilité du chirurgien sera dégagée seulement de façon partielle et variable dans ses proportions, par tout ce qui est détachable du processus opératoire, sous réserve de la coordination et de la synthèse permanente.
(66) FROGE, p. 54.
(67) Cf. FROGE, pp. 53-54.

SAVATIER (67) ne donne pas une interprétation aussi extensive à la notion d'acte détachable. Il estime que la mission de l'anesthésiste comprend trois phases:

a) Avant d'intervenir, le chirurgien abandonne au médecin-anesthésiste la phase préparatoire (la mise en condition du malade). C'est l'anesthésiste qui répond alors de l'omission ou de l'insuffisance des analyses et des examens préliminaires. Seul aussi, il répond des actes mettant le patient sous anesthésie, avant qu'il ne soit conduit en salle d'opération.

b) Pendant la période même de l'intervention se manifeste la prépondérance du chirurgien sur l'anesthésiste. C'est en effet sur le déroulement de l'action principale que doit se mouler la conduite de l'anesthésiste-réanimateur. Mais il se peut que la technique propre de l'anesthésiste soit en cause et certains tribunaux seront tentés de ne retenir que sa seule responsabilité.

c) Enfin, dans la période post-opératoire, le chirurgien peut à nouveau s'en remettre à l'anesthésiste des soins concernant le réveil.

SAVATIER, à notre avis, est ici un peu trop schématique. En effet, notamment dans la phase post-opératoire, le chirurgien aussi bien que l'anesthésiste encourent une responsabilité propre.

En revanche, D. ÇAKMUR-MEYER (68), se fondant notamment sur deux arrêts (69), a poussé très loin l'étendue de la notion d'acte détachable en écrivant que «l'indépendance de l'anesthésiste-réanimateur est telle déjà aujourd'hui que pour lui, au moins, la notion d'équipe est dépassée. Il devrait avoir une autonomie complète, non seulement dans l'équipe chirurgicale, mais en quelque sorte hors de l'équipe à laquelle il demeurerait professionnellement extérieur, ne s'y intéressant que pour la durée de l'acte opératoire, attelage à durée limitée.»

(68) P. 49.

(69) Trib civ. de la Seine, 3 novembre 1953: «Le chirurgien ne peut être déclaré responsable des fau!es qu'a pu commettre le Dr. X... (anesthésiste) qui, lui-même agissant, en ce qui concerne sa spécialité, en toute indépendance, ne peut en aucune façon être considéré comme le préposé du sieur Y... (chirurgien).»

Trib.civ. de Toulouse, 7 novembre 1957: «L'obligation contractuelle du chirurgien dont la tâche est limitée à l'opération elle-même et celle du médecin de la clinique, chargé de la surveillance fréquente du malade, de l'anesthésie et de la réanimation, sont distinctes et leurs responsabilités à l'égard du malade doivent être appréciées séparément d'après la nature respective de leurs obligations.»

Voir aussi KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 736-737, note 295:

«Certains vont jusqu'à prétendre que l'indépendance de l'anesthésiste-réanimateur est telle désormais que la notion même d'équipe chirurgicale serait déjà dépassée; l'anesthésiste, disent-ils (cf. J. RATCLIFF, Le demi-dieu de la salle d'opération. Sélection du Reader Digest, septembre 1956, p. 5) devrait avoir une autonomie complète, non seulement *dans* l'équipe mais, en quelque sorte, *hors* de l'équipe à laquelle il demeurerait professionnellement extérieur, ne s'y intégrant que pour la durée du temps opératoire (cf. M.-M. La notion d'équipe est-elle dépassée? Anesthésiologie. Bull. Syndic.Nat.Anesthésiol,Franç. décembre 1955, n. 10, p. 31).

L'idée qui ne fait que renforcer, sans la modifier en rien, la thèse juridique que nous proposons, est intéressante surtout sur le plan technique, sous l'angle de la vie quotidienne de l'équipe chirurgicale dont l'anesthésiste ne serait plus un membre permanent mais temporaire et occasionnel: attelage indispensable et essentiel, mais pour une durée limitée, ce qui lui permettrait, curieux retour des choses, de surveiller «son» opéré jusqu'au réveil, à la cessation des effets de la narcose, alors que les autres membres de l'équipe pourraient, l'opération achevée, suivre ailleurs le «Patron» auquel, il

Cette conception détruit en quelque sorte la notion d'équipe opératoire; elle ne tient pas compte de l'interdépendance des actes de chaque membre de l'équipe et de la solidarité qui doit animer ceux-ci. Comme le dit FROGE (70), «quel que soit le nombre des médecins qui s'occupent d'un malade entrant en clinique, il faut reconnaître que leurs actions tendent vers un but unique dominé par l'acte chirurgical et pour lequel une coordination médicale s'impose, coordination qui ne peut être réalisée que dans le sein d'une équipe homogène dont tous les membres sont interdépendants.- Le chirurgien restera toujours le meneur de jeu».

D) **La stipulation pour autrui**

SAVATIER (71) estime que même en l'absence d'un contrat direct entre le patient et l'anesthésiste, le Juge peut retenir la responsabilité contractuelle de l'anesthésiste en se fondant sur la notion de stipulation pour autrui.

«Il est assez rare, même en médecine privée, que le malade choisisse lui-même l'anesthésiste avant l'opération. Celui-ci intervient le plus souvent comme faisant partie de l'équipe du chirurgien ou de celle de la clinique où opère le chirurgien. Mais, en droit, cela n'exclut pas un rapport contractuel entre le malade et lui.

L'article 1121 du Code civil français admet que l'un des contractants peut stipuler pour autrui et le rendre ainsi créancier de l'autre partie, le bénéficiaire de cette stipulation.» Le chirurgien, par exemple, qui contracte avec le malade et qui promet les soins nécessaires, va donc faire participer les membres de son équipe au contrat afférent aux soins auxquels son patient a droit «Le patient accepte implicitement cette stipulation en se confiant au chirurgien. Il accueille ainsi d'avance l'anesthésiste qu'il n'avait pas lui-même choisi et, grâce à la stipulation faite en sa faveur, noue avec ce médecin des rapports contractuels. Il

y a vingt ans, la jurisprudence — qui se trompait et l'a reconnu depuis — voulait imposer l'obligation d'assurer cette surveillance en personne.

Ainsi, substituerait-on à la formule: «l'anesthésiste fait équipe avec le chirurgien», celle, plus conforme à l'intérêt du malade, semble-t-il, «l'anesthésiste fait équipe avec l'opéré». L'auteur de la note citée plus haut estime qu'il devrait en être ainsi, d'ores et déjà, chaque fois que l'équipe chirurgicale ne fonctionne pas dans un seul et même bloc opératoire et qu'elle se déplace, souvent en hâte, d'une clinique à l'autre. «La seule formule nous permettant de dégager notre responsabilité tant morale que juridique», écrit-il (op.cit., p. 32), «sera celle qui fera de nous (les anesthésistes-réanimateurs) le médecin d'un bloc opératoire et de la salle de réveil qui tôt ou tard devra lui être adjointe. A ce moment, l'anesthésiologiste pourra prendre ses responsabilités, deviendra chef d'un service et pourra pénétrer dans la salle d'opération avec son titre de docteur en médecine».

Ce n'est pas tout, en effet, de dégager la responsabilité du chirurgien; il faut aussi préserver celle de l'anesthésiste dangereusement exposé à jouer le rôle de «bouc émissaire».

(70) P. 55.

(71) FROGE, pp. 55-56; R. SAVATIER, «L'évolution de la responsabilité des médecins-anesthésistes», dans Cahiers Laennec, juin 1969, p. 59; du même auteur, note sous Cass.civ. 27 mai 1970, JCP 1971 II 16833.

Voir aussi SAVATIER, note sous Paris, 14 février 1958, JCP 1958 II 10533: «Certes, on pourrait envisager d'appliquer ici les règles du mandat tacite. Le malade donnerait pouvoir au chirurgien pour choisir un anesthésiologue... Un tel système se rencontre dans la pratique médicale quand il s'agit de faire procéder à un examen de laboratoire...»

Trib.civ. Grenoble, 16 mai 1956, JCP 1956.9456, note R. SAVATIER.

devient créancier direct des tâches stipulées du médecin-anesthésiste, mais seulement dans la mission confiée à celui-ci.»

Il faut toutefois remarquer que, d'une part, la notion de stipulation pour autrui s'oppose au concept de consentement libre et éclairé du malade qui est, nous l'avons vu précédemment, si important dans le domaine de la responsabilité médicale (72); d'autre part, même si elle permet de retenir une responsabilité contractuelle de l'anesthésiste, la notion de stipulation pour autrui n'élimine pas pour autant la responsabilité du chirurgien.

Une telle construction est-elle concevable en droit suisse? La stipulation pour autrui est une convention par laquelle un sujet de droit, A, se fait promettre par un autre, B, une prestation en faveur d'un tiers, C (73). Dans le domaine qui nous intéresse, A, le stipulant, est le chirurgien; B, le promettant, est l'anesthésiste et C, le tiers (le bénéficiaire), est le patient.

La stipulation pour autrui est en fait davantage un procédé juridique qu'un véritable contrat; elle est fort répandue dans la pratique (clauses bénéficiaires des assurances, des banques ou des entreprises de transports, etc...) (74).

Les effets de la stipulation pour autrui — qui se produisent sur la tête d'un tiers — sont définis par l'accord de volonté entre le créancier (le chirurgien) et le débiteur (l'anesthésiste), rapport obligatoire bilatéral.

1) *Le chirurgien* stipule en faveur du bénéficiaire (le patient) que l'anesthésiste endormira. En sa qualité de créancier de l'anesthésiste, le chirurgien peut exiger de celui-ci que la prestation soit effectuée en faveur du malade.

(72) F. LEYMARIE, pp. 35-36: «Ce n'est qu'exceptionnellement que la jurisprudence a consacré cette analyse. Ces notions de stipulation pour autrui ou de gestion d'affaires paraissent difficilement admissibles. Elles s'opposent en effet directement à un principe que l'art. 8 du Code de déontologie médicale impose à tout praticien: le choix libre et éclairé du médecin par le malade... Il ne semble pas possible d'admettre ce procédé lorsqu'il faut choisir un médecin pour exécuter une intervention sur le corps humain car, en cette matière, la confiance ne peut être que personnelle. Il serait intolérable d'admettre que la confiance accordée au chirurgien puisse être déléguée à un autre médecin sans le consentement personnel du malade.»

SAVATIER, Traité, pp. 305-306.

Du même auteur, Traité, p. 231: «Le médecin a pu, à l'avance, contracter avec un tiers l'engagement de secourir certains malades. Alors ce tiers a stipulé en faveur de ceux-ci. Et cette stipulation engage le promettant, de telle sorte que le malade, conformément à l'article 1121 du Code civil (français), en devient créancier dès qu'il manifeste sa volonté d'en profiter. C'est le cas des médecins qui se sont engagés envers une mutualité pour ses membres, envers un employeur pour son personnel ou envers une compagnie de navigation pour ses passagers.» Puis, à la page 382, l'auteur ajoute: «Lorsqu'un médecin contracte avec un employeur pour fournir ses soins à des tiers, le contrat contient une stipulation pour autrui au profit des malades éventuels. Les bénéficiaires de cette stipulation se trouveront donc directement créanciers du médecin pour la fourniture des soins convenus. Le médecin, en fournissant des soins... exécute une dette personnelle envers le malade.»

(73) Sur la notion de stipulation pour autrui en droit suisse, voir TON TUHR, pp. 624-641; BECKER, art. 112; OSER et SCHOENENBERGER, art. 112; VON BUEREN, pp. 178-185; J. PEQUIGNOT, La stipulation pour autrui: son évolution, son régime en droit suisse et son application à l'assurance-vie, thèse Berne, Zurich 1; E. BEGUELIN, Stipulation pour autrui, dans FJS N° 770; ENGEL, pp. 284-291; E. MEYER, Essai sur la nature et les effets de la clause bénéficiaire. Etude des art. 76 à 86 de la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908, thèse Lausanne 1959.

(74) ENGEL, p. 287.

2) En s'exécutant, l'*anesthésiste* agit, à la fois, pour le compte du chirurgien (qui est le commettant) et en son nom propre.

3) *Le patient* n'est pas seulement le destinataire de la prestation, mais il acquiert un droit propre contre le promettant — l'anesthésiste — et devient le créancier de celui-ci, même s'il n'a pas émis de déclaration de volonté au moment de la formation du rapport juridique entre le chirurgien et l'anesthésiste. Souvent le patient devient créancier de l'anesthésiste à son insu (*etiam ignorans et invitus*).

Il s'agit ici d'une stipulation pour autrui parfaite, d'un véritable « pactum in favorem tertii » puisque le malade peut réclamer la prestation et même, le cas échéant, actionner l'anesthésiste en vertu de l'art. 112, al. 2 et 3, CO (75):

« Tout ce qui peut être promis à un contractant, sans devoir lui être fourni directement, d'après la nature de la prestation, peut aussi être promis en faveur d'un tiers (76). »

(75) Cf. GAUTSCHI, pp. 58-59: « Uebernimmt die SUVAL, eine öffentliche Krankenkasse oder private Krankenversicherung, die Vergütung (Art. 394, al. 3, OR) für die selbständige aerztliche (oder zahnaerztliche) Dienstleistung, so liegt, ähnlich wie bei der amtlichen Verteidigung oder der Zivilprozessführung im Armenrecht, ein Auftrag zugunsten eines Dritten vor . Auch wenn der zahlende Auftraggeber eine öffentliche Anstalt ist, drängt es sich auf, das ganze Dreiecksverhältnis privatrechtlich zu qualifizieren und es nicht in einen öffentlichrechtlichen und einen privatrechtlichen Bestandteil zerfallen zu lassen, namentlich wenn dem begünstigten Patienten freie Arztwahl oder doch die Wahl im Kreis der sog. « Vertragärzte », gewährt ist. »

Du même auteur, pp. 64-65:

a) « Die Möglichkeit des Auftrages zugunsten eines Dritten zu erteilen und anzunehmen, ergibt sich aus der im allgemeinen Teil des OR enthaltenen Vorschrift von Art. 112. Ihre Verwendung geht im Auftragsrecht weit. Namentlich für die Geldleistungs–, d.h. Zahlungsaufträge, haben sich handelsrechtliche Typen ausgebildet, die man als qualifizierte Aufträge auffassen kann. Aber auch die meisten Tathandlungsaufträge können zugunsten eines Dritten erteilt und angenommen werden (z.B. Krankenbehandlung, Prozessführung) ».

b) « Zugunsten, d.h. im Interesse des Dritten (aliena gratia), muss die charakteristiche obligatio faciendi, die Handlungspflicht des Beauftragten, stipuliert sein. Der Dritte muss, damit von einem Auftrag zugunsten eines Dritten gesprochen werden kann, ein eigenes Recht auf dessen Erfüllung, die Auftragsausführung, erwerben. Kann nur der Auftraggeber die Arbeitsleistung fordern, so ist est unnötig, von einem Auftrag zugunsten eines Dritten zu sprechen, selbst wenn diese Arbeitsleistung letzten Endes einem Dritten zugute kommen soll. Beauftrage ich einen Freund, ein Schmuckstück zu kaufen, von dem er weiss, dass es für meine Frau bestimmt ist, so liegt kein Auftrag zugunsten eines Dritten vor. Desgleichen nicht, wenn jemand seinen Freund im Ausland beauftragt, seiner erkrankten Braut (oder Geliebten) ärztliche Hilfe angedeihen zu lassen. Wohl aber ist der vom Freund dem Arzt erteilte Auftrag, jener Dame den Blind-darm herausoperieren zu lassen, ein Auftrag zugunsten eines Dritten. Nach seiner Annahme durch den Arzt erwarb die Patientin ein eigenes Recht auf die Ausführung und, gegebenenfalls, eigene Schadenersatzansprüche aus unsorgfältiger Ausführung. Allerdings kann das Recht des Begünstigten grundsätzlich nicht stärker sein als das des Auftraggebers. Der Beauftragte hat im einfachen Auftrag das Recht, jederzeit, auch vor Beginn der Ausführung, von seiner Arbeitspflicht zurückzutreten, d.h. den « versprochenen Dienst » nicht zu leisten. Besteht jedoch, wie bei der Anweisung, die Auftragsausführung in der Eingehung und der Erfüllung einer Rechtspflicht gegenüber einem Dritten, so kann nach erfolgter Ausführung nicht mehr einseitig zurückgetreten werden. »

RO 41 II 269; RO 50 II 40; RO 54 II 123; RO 57 II 200; RO 59 II 40; RO 65 II 164; RO 81 II 351; RO 83 II 277, 281; RO 88 II 516; SJZ 1964, N° 232, p. 344.

(76) RO 83 II 277 = JdT 1958 I 170.

Section 4. Jurisprudence illustrant le partage de la responsabilité entre le chirurgien et l'anesthésiste

A) **Dose excessive de penthotal**

Un jeune garçon fut opéré d'une appendicite dans une clinique française. Quinze minutes après la fin de l'intervention, l'enfant fut remonté dans sa chambre par les infirmières d'étage. Puis, après une courte visite, le chirurgien et l'anesthésiste le laissèrent à la surveillance des infirmières. Celles-ci tentèrent de combattre un malaise dont fut victime le patient peu de temps après. Malgré les soins d'urgence qui lui furent prodigués par un médecin ne faisant pas partie de l'équipe opératoire, l'enfant décéda.

Dans son jugement du 28 mars 1969 (77), le Tribunal correctionnel de Nice releva les fautes suivantes à la charge des deux prévenus, le chirurgien et l'anesthésiste:

1) *Concernant le DocteurY., chirurgien:*

> « Attendu que Y., ainsi qu'il l'a déclaré lors de son interrogatoire, a reconnu que, lors de son examen préalable, l'enfant subissait une « crise douloureuse avec tachycardie et émotivité et que l'état du cœur était rapide »; que, bien qu'il ne soit pas nécessaire de faire un cardiogramme avant toute opération et du moment qu'il n'avait pas d'urgence à opérer, il aurait dû devant cet état anormal, garder l'enfant un ou deux jours en observation afin de procéder à un examen plus approfondi; que, de même, le lendemain matin, avant l'opération, son devoir comme chirurgien l'obligeait à interroger l'anesthésiste afin d'apprendre de celui-ci s'il avait procédé de son côté aux investigations qui sont du rôle de l'anesthésiste avant toute intervention;
> qu'après l'opération, Y.. s'est borné à vérifier les réflexes pupillaires de son patient, puis est allé se rhabiller dans une pièce voisine, laissant l'enfant à la surveillance de X.. ou des infirmières; qu'enfin, dans la chambre où l'enfant avait été ramené, Y. n'est resté que trois minutes, d'après ses dires, et malgré que l'enfant ait présenté des traces de cyanose et ait eu les ongles légèrement bleutés, s'est contenté de le regarder, sans même lui prendre le pouls. »

2) *Concernant le Docteur X. anesthésiste:*

> « Attendu que X., prévenu le 15 mars par un coup de téléphone alors qu'il se trouvait à l'hôpital de Lenval, vers huit heures du soir, d'avoir à assister le Docteur Y., le lendemain matin, s'est borné, après avoir demandé l'âge et l'état apparent du futur opéré, à indiquer la prémédication à l'infirmière C., et n'a pas jugé bon de se déplacer pour voir l'enfant et de s'inquiéter notamment auprès de la mère de son comportement éventuel en réaction aux produits d'anesthésie à lui administrer;
> qu'il n'est cependant pas sans ignorer cette obligation primordiale puisqu'il a reconnu que le 15 même, devant assister un chirurgien dans une opération concernant une fille à la Clinique..., il s'est rendu auprès d'elle pour l'exami-

(77) FROGE, p. 58.

ner afin de doser la prémédication; que peu avant l'opération, X., s'étant rendu dans la chambre du petit B., « a supposé » que la piqûre avait été faite, et s'il a vu l'enfant, n'a pas fait d'autre examen;
que sur la dose pré-opératoire administrée, le Tribunal doit faire bénéficier X. du résultat des investigations faites lors du supplément d'information, c'est-à-dire admettre qu'une demi-ampoule seulement de dolosal a été administrée à l'enfant, mais en soulignant que cette découverte, réalisée très tardivement, est en contradiction avec les propres déclarations de ce praticien qui, tout au long de la procédure, a soutenu avoir ordonné une ampoule entière;
qu'il n'en reste pas moins, au sujet du penthotal sur lequel il n'y a pas de discussion, que les experts ont conclu que la dose administrée était trop élevée et qu'elle dépassait, sinon du double, du moins de 25% la dose classique;
qu'ils ajoutent que l'administration de cette dose devait imposer à l'anesthésiste une particulière attention aux réactions de l'enfant susceptible de manifester une dépression circulatoire ou respiratoire;
qu'il est établi d'après les propres déclarations du prévenu que l'enfant, après l'intervention, est demeuré sans autre contrôle de la part de l'anesthésiste que la vérification des réflexes conjonctivaux, que X. est resté dans la salle à nettoyer et ranger ses instruments en vue de l'opération qui l'attendait à Sainte-Marguerite; que le fait d'avoir laissé la canule courte de Mayo, pour ne soutenir que la langue du patient, qui la supporte mieux qu'une canule longue, ne peut servir de moyen d'excuse au prévenu, alors que les experts ont, à ce sujet, émis l'avis que le fait pour l'enfant de ne pas l'avoir expulsée, infirme les déclarations des deux médecins suivant lesquelles il avait récupéré ses réflexes de défense; qu'averti, durant le transfert du chariot dans la chambre, par l'infirmière accompagnatrice qu'elle trouvait que l'enfant respirait fort, et s'être contenté de répondre que cela était normal, il a laissé replacer l'enfant sur le dos, ce qui lui est reproché par certains experts (2e expertise) qui ont émis l'avis que l'enfant aurait dû être couché sur le côté;
que ni l'inquiétude de la mère — effrayée — ni l'alarme des infirmières n'ont attiré l'attention de X. qui déclare « que rien de particulier ne l'avait frappé » et qui, après avoir ordonné une « piqûre de routine » d'Heptamine est reparti moins de cinq minutes après; qu'ainsi donc, les deux prévenus tenus, avant toute opération, de se livrer aux investigations nécessaires, et notamment à l'examen complet du patient, et, après leur intervention à assurer sa surveillance, jusqu'à ce que celui-ci ait recouvré ses sens, ont par négligence ou inattention commis les agissements délictueux qui ont entraîné la mort. »

Le Tribunal a réparti la réparation du dommage entre les co-auteurs du préjudice en tenant compte de la gravité respective des fautes de chacun d'eux: le chirurgien fut tenu pour les 2/5 et l'anesthésiste pour les 3/5.

Appel fut alors interjeté contre cette décision et la Cour d'Aix, le 26 novembre 1969 (78), a précisé les obligations de l'anesthésiste en ces termes:

« Celui-ci a pour mission et pour fonction d'assurer l'endormissement (79) de l'opéré pour permettre au chirurgien l'exécution de l'acte opératoire, de veiller pendant la durée de celui-ci à l'état respiratoire et cardio-vasculaire

(78) Cf. La Presse Médicale, 1970, N° 3, p. 134.

(79) La définition de la mission de l'anesthésiste par la Cour d'Aix est toutefois un peu sommaire. En effet, l'« endormissement » a pu être le but des narcotiseurs d'il y a une cinquantaine d'années; il ne saurait être à l'heure actuelle le seul objectif de l'anesthésiste.

du patient puis, après la fin de l'opération, d'assurer son réveil; il a donc l'obligation impérieuse d'assister et de surveiller l'opéré jusqu'à son retour à une entière conscience et d'employer éventuellement tous les moyens de réanimation qui pourraient être nécessaires pour y parvenir. »

La Cour d'Appel n'a pas retenu la responsabilité du chirurgien; elle a en revanche reproché à l'anesthésiste d'avoir quitté la clinique pour se rendre dans un autre établissement hospitalier avant que le patient eût repris connaissance:

« Attendu que si les réflexes oculo-palpébraux s'étaient manifestés, par contre, les autres réflexes de défense n'étaient pas encore apparus et qu'en particulier, l'opéré n'avait pas rejeté la canule de Mayo qui, enfoncée dans sa bouche et son larynx, avait pour fonction de maintenir libres les voies respiratoires pendant l'anesthésie et d'empêcher qu'elles ne soient obstruées par la langue;
que l'anesthésiste a ainsi commis une faute d'autant plus certaine que, selon les experts, la dose de 80 cg de penthotal administrée pendant l'anesthésie était supérieure d'environ 25 % à la dose normale pour un enfant de cet âge et imposait une surveillance post-opératoire d'autant plus stricte jusqu'à l'élimination complète de ce produit;
que, par la faute de l'anesthésiste, les soins nécessaires n'ont pas pu être prodigués à B... dès l'apparition de ces symptômes (respiration forte, sueurs profuses, début de cyanose). »

B) **L'affaire Albertine Sarrazin** (80)

1) Le 10 juillet 1967, la jeune romancière Albertine Sarrazin subit une néphrectomie droite, son rein présentant « un arrêt fonctionnel ». Elle décéda quelques instants après la fin de l'intervention, au moment où elle fut replacée en décubitus dorsal.

En fin d'opération, le chirurgien sortit du bloc opératoire, alors qu'Albertine Sarrazin n'était pas encore réveillée. Pendant son absence, l'anesthésiste, aidé d'une infirmière, sans prendre aucune précaution particulière, effectua le changement de position de l'opérée — jusque-là allongée sur le côté — qui fut placée en décubitus dorsal sur un chariot pour être reconduite dans sa chambre. C'est alors que se produisirent un arrêt respiratoire et un arrêt cardiaque entraînant sa mort.

(80) Cf. FROGE, pp. 61-67; Médecine et Hygiène, N° 964 du 19 mai 1971, p. 867; Médecine et Hygiène, N° 1056, du 9 mai 1973, p. 817; F. LEYMARIE, p. 29; BOYER CHAMMARD pp. 242-244; DEROBERT, pp. 304-305; F. CHABAS, note sous D. 1971.637.

Cf. également « Le Monde » du 2 décembre 1970, p. 24: « Les deux médecins responsables de la mort d'Albertine Sarrazin ont sous-estimé les risques de l'opération », article de K. CRISTITCH.

(80 bis) G. PYTHOUD, « Les accidents au cours de l'anesthésie générale », Département d'anesthésiologie, Hôpital Cantonal, Genève, mars 1968, p. 34: « L'opération terminée, le malade doit être ramené dans son lit avec la plus grande douceur. Il ne faut pas perdre de vue qu'on mobilise un malade encore virtuellement privé de son système sympathique, donc susceptible de présenter des variations marquées de sa tension artérielle, lors de manipulations brutales entraînant une redistribution brusque de sa masse sanguine. Le transfert du malade de la table d'opération au chariot, du chariot à son lit, nécessite, pour être pratiqué sans heurts, la coopération de deux infirmier(e)s qui soulèvent le corps du malade, chacun d'un côté, tandis que l'anesthésiste surveille le transfert et apporte son aide si c'est nécessaire (soutenir la tête du malade). »

Cette manœuvre, selon les experts, « nécessite la présence de deux ou trois personnes et doit être effectuée d'une manière prudente et progressive afin d'éviter un collapsus provoqué par le déplacement de la masse sanguine susceptible, si son volume n'a pas été maintenu, d'entraîner un désamorçage de la pompe cardiaque et la mort de l'opérée » (80bis).

Toute tentative de réanimation fut vaine, notamment parce que l'absence de sang en salle d'opération empêchait toute transfusion d'urgence.

2) Le 21 décembre 1970, le Tribunal correctionnel de Montpellier condamnait les deux praticiens pour homicide par imprudence à deux mois d'emprisonnement avec sursis, à Fr. 10 000.— d'amende ainsi qu'aux dépens. M. Sarrazin se vit en outre allouer le franc symbolique de dommages-intérêts qu'il réclamait.

Les deux médecins avaient soutenu à l'audience que la perte de sang n'avait pas été importante, que la cause de la mort qui ne pouvait être déterminée avec précision devait être attribuée à une embolie. Selon eux, les constatations des experts étaient trop incertaines pour être valables, des modifications importantes ayant été apportées par l'embaumement du corps et l'injection d'une héparine trombolytique. Tel ne fut pas l'avis du tribunal qui trouva, au contraire, dans les rapports des experts, des « éléments lui permettant de considérer que *l'intervention avait été pratiquée sans que soient prises les mesures de prudence nécessaires.* »

En outre la Cour, faisant sien l'avis des experts, estima que « cette opération classique dont il n'est pas permis d'ignorer les risques qu'elle comporte et les complications susceptibles de se révéler en cours d'intervention devait inciter les médecins à une prudence d'autant plus grande qu'Albertine Sarrazin, récemment opérée, présentait un état infectieux de nature... à diminuer le volume sanguin ». *L'arrêt respiratoire avait un lien direct avec le défaut de réanimation,* les connaissances du Dr. P., étant fort limitées, dans ce domaine, selon les experts. En outre la clinique ne possédait ni électrocardiographe, ni défibrillateur, appareils très utiles pour une réanimation cardiaque.

Le jugement reprochait à l'*anesthésiste de ne pas avoir consacré suffisamment de temps à l'examen pré-opératoire de la patiente,* ce d'autant plus que l'intervention ne présentait aucun caractère d'urgence. Contrairement à l'habitude, l'anesthésiste n'avait pas examiné sa patiente la veille de l'opération ; il l'avait vue pour la première fois, quelques instants avant l'intervention, dans le bloc opératoire, alors que l'administration d'une prémédication, ordonnée par le chirurgien, l'avait déjà rendue inconsciente. « La prudence la plus élémentaire..., déclarent les attendus, exigeait du Dr. P. qu'il procèdât à un *groupage sanguin*, effectuât les tests relatifs à la durée de coagulation et au temps de saignement et qu'enfin il eût à sa disposition une certaine quantité de sang isogroupe en cas d'hémorragie per- ou post-opératoire. »

Au chirurgien, le Dr. S., le jugement faisait grief de ne s'être *pas assuré que « toutes les dispositions propres à sauvegarder la vie de la malade avaient été prises ».* A tous les deux, il fut reproché de n'avoir effectué aucune perfusion, d'avoir sous-estimé la diminution du volume sanguin et de n'avoir pas pris « les mesures de prudence et de sécurité imposées en l'espèce », notamment au moment du changement de position du corps de l'opérée.

Les conditions défectueuses de cette manœuvre furent imputées au Dr. P., en sa qualité de réanimateur, et au Dr. S. qui *« avait le devoir... d'assister au déplacement du corps du fait du risque couru par la patiente qui, se trouvant toujours dans le bloc opératoire, était sous la surveillance du chirurgien chargé en cette qualité de faire respecter les règles de prudence et de sécurité »*.

Le tribunal précisa encore :

> « Attendu que cette légèreté dans l'exécution de ce changement de position, jointe à un défaut de perfusion de sang dû à une sous-estimation blâmable des risques courus, risques aggravés du fait de l'état de santé déficient présenté par *Albertine Sarrazin, dont les chances de survie ont été ainsi fortement amoindries,* constituent des fautes nettement caractérisées qui n'ont pu que contribuer à la réalisation de l'accident majeur au cours duquel a succombé Albertine Sarrazin ; que le devoir primordial de sauvegarder la vie humaine imposait aux médecins l'obligation constante et impérative, compte tenu de l'évolution médicale, de se prémunir par les moyens appropriés et conformes aux données acquises de la science contre les risques prévisibles et connus d'une intervention classique comme la néphrectomie. »

Mentionnons que ce jugement introduisait une nouvelle théorie dans la responsabilité médicale, celle de « perte d'une chance de survie » dont nous avons déjà parlé (81).

3) La Cour d'Appel, le 5 mai 1971 (82), a réformé le jugement du Tribunal correctionnel ; le chirurgien fut relaxé et l'anesthésiste condamné à Fr. 2 000.— d'amende et au versement d'une indemnité de Fr. 40 000.— à M. Julien Sarrazin.

La Cour a bien délimité les domaines respectifs des responsabilités du chirurgien et de l'anesthésiste au sein de l'équipe opératoire, retenant en l'espèce la responsabilité du seul anesthésiste pour les motifs suivants :

> « Attendu que la Cour trouve dans les rapports du collège d'experts une explication précise et pertinente du mécanisme de l'arrêt circulatoire qui a provoqué la mort ; attendu que l'autopsie a permis d'écarter les causes organiques, telles que lésions viscérales ou cardiaques vitales, que l'hypothèse d'une embolie pulmonaire, abandonnée puis reprise par les prévenus, est formellement éliminée ; que l'arrêt circulatoire résulte donc d'un dérèglement fonctionnel ; attendu que Dame Sarrazin, qui avait subi une intervention récente et présentait un état infectieux depuis des semaines, se trouvait dans les conditions habituelles d'une diminution du volume sanguin ; que cette diminution aurait dû être compensée par une transfusion à partir de la première heure d'opération ; qu'en effet l'opération, même habilement conduite, provoque nécessairement une hémorragie qui a été sous-estimée ; que la prévention d'un déséquilibre circulatoire n'ayant pas été assurée, un désamorçage de la pompe cardiaque s'est produit lors de la remise sur le dos, faute d'avoir assuré une réanimation pré-opératoire permettant le maintien ou le rétablissement de la masse sanguine (...)
> Attendu que *le lien de causalité entre l'absence de transfusion et l'arrêt circulatoire est bien affirmé par les experts ; qu'il n'est pas nécessaire que cette faute ait été la cause directe, immédiate et exclusive de la mort, qu'il suffit qu'elle ait concouru à la survenance de celle-ci en jouant un rôle dans l'enchaînement des*

(81) Cf., supra, pp. 139 ss.
(82) JCP, 1971 II 16783.

causes génératrices de ce résultat et en figurant parmi ses antécédents; qu'il est évidemment impossible de rechercher si la mort ne se serait pas produite, bien que toutes les précautions aient été prises, pour d'autres causes demeurées indéterminées ou qui n'ont pu être mises en évidence (...)»

Sur la responsabilité pénale du chirurgien:

«Attendu que le Docteur S. a fait établir, du 4 au 6 juillet, un bilan urologique aussi complet que possible (clinique, biologique, cystoscopique, radiologique, thérapeutique) et un examen cardiologique le 8 juillet faisant apparaître un électrocardiogramme normal; qu'il a prévenu le samedi 8 juillet l'anesthésiste, le Docteur P. de la date de l'intervention, fixée au lundi 10 juillet à 8 h. 30; attendu que si le chirurgien est personnellement astreint à la surveillance des actes accomplis sous sa direction immédaite pendant l'intervention par le personnel placé sous ses ordres et commet une faute engageant sa responsabilité pénale dès lors qu'il n'exerce pas cette surveillance avec l'attention nécessaire, *il résulte des règles actuelles de l'art que les actes accomplis par le médecin-anesthésiste ne relèvent pas de cette autorité en raison de la compétence de ce praticien qui, par sa spécialisation, a pour mission, sous sa seule responsabilité, d'assurer l'endormissement de l'opéré pour permettre au chirurgien l'exécution de l'acte opératoire, de veiller pendant la durée de celui-ci à l'état respiratoire et cardio-vasculaire du patient; attendu que «l'anesthésiste a l'obligation impérieuse d'assister et de surveiller l'opéré jusqu'à son retour à une entière conscience et d'employer, éventuellement, tous les moyens de réanimation nécessaires, pour y parvenir;*
Attendu que l'absence momentanée du Docteur S. du bloc opératoire, motivée par le désir de présenter la piece anatomique au Sieur Sarrazin, ne constitue pas une faute; qu'il ignorait à quel moment précis le Docteur P. devait faire effectuer le passage du décubitus latéral au décubitus dorsal, que de toute façon il était loisible au Docteur P. de demander l'assistance d'une autre personne qui se trouvait à proximité, soit le Docteur S. lui-même, soit le Docteur R.;
Attendu que les experts ont estimé que *le diagnostic avait été exactement posé, que l'intervention s'était déroulée au point de vue de la technique chirurgicale dans des conditions satisfaisantes, qu'il n'y a pas eu de faute opératoire; attendu, dans ces conditions, qu'il ne peut être retenu à la charge de S. une faute caractérisée; qu'il se trouve de ce fait en voie de relaxe (...)»*

Sur la responsabilité du Docteur P., anesthésiste

«Attendu que le Docteur P. n'a pas pris contact avec la malade qu'il a vue pour la première fois en état d'inconscience après la prémédication administrée le 10 juillet à 7 h; qu'il s'est comporté comme s'il s'agissait d'une opération de routine; attendu qu'il a ainsi gravement sous-estimé les risques d'une opération longue et délicate, sur une malade dont la résistance physique était considérablement amoindrie; qu'il lui appartenait de prendre toutes précautions utiles lors du changement de position pour remédier au risque qu'il avait lui-même créé en négligeant de pratiquer une perfusion pourtant conforme aux données actuelles des connaissances médicales; que *le premier devoir de l'anesthésiste était d'assurer la sécurité du malade qui lui était confié en mesurant les risques et choisissant les moyens propres à les prévenir;*
Attendu que la légèreté dans la préparation de l'intervention, l'oubli d'une précaution essentielle et le défaut de vigilance dans l'exécution proprement dite constituent des fautes dont l'anesthésiste-réanimateur est le seul responsable.»

Cet arrêt est important, car il se fonde implicitement sur la théorie de l'acte détachable de l'intervention dont nous avons parlé à la section précédente. Ainsi, la Cour a considéré que « l'anesthésiste est seul responsable de la réanimation per- et post-opératoire et qu'il lui incombe de veiller, durant l'intervention, au maintien des fonctions cardio-vasculaires, respiratoires, etc... ».

En revanche, l'intervention elle-même ayant été menée correctement par le chirurgien qui n'avait commis aucune faute opératoire proprement dite, le Tribunal a refusé de le rendre responsable des erreurs commises par son anesthésiste.

Enfin la Cour abandonna la notion de perte de chance de survie et reconnut que la causalité entre l'absence de transfusion et l'arrêt circulatoire n'était pas forcément directe et certaine, ce qui l'a sans doute incitée à atténuer la rigueur des peines infligées par le premier jugement.

4) Le 22 juin 1972, la Cour de Cassation (83) a cassé l'arrêt de la Cour d'Appel de Montpellier en rappelant que le chirurgien et l'anesthésiste formaient une équipe qui était collectivement responsable des dommages causés au patient. Elle a donc retenu en ces termes la responsabilité civile conjointe des deux praticiens :

> « Attendu qu'en retenant à la charge de l'anesthésiste la faute d'avoir fait preuve de légèreté dans la préparation d'une intervention longue et délicate sur une malade affaiblie qu'il n'examina qu'au moment de l'opération, et d'avoir négligé de pratiquer sur elle une transfusion sanguine créant ainsi un risque lors du changement de position auquel il procéda néanmoins, alors qu'il était seul avec une infirmière dans le bloc opératoire, les juges d'appel ont justifié leur décision dès lors qu'il résulte de constatations souveraines de l'arrêt attaqué, d'une part, l'existence d'un lien de causalité entre l'absence de transfusion et l'arrêt circulatoire dont la patiente est décédée et, d'autre part, l'insuffisance de la surveillance sur l'exécution du déplacement du corps de cette dernière, compte tenu de l'incident déjà survenu ; (...)
> Attendu que chirurgien et anesthésiste formaient une équipe chirurgicale ; que le chirurgien n'ignorait pas que le groupe sanguin n'avait pas été déterminé, que des flacons de sang isogroupes n'avaient pas été prévus ;
> Attendu que le chirurgien savait que l'anesthésiste n'avait examiné la patiente pour la première fois que le jour de l'opération, dans le bloc opératoire, alors que l'administration d'une prémédication l'avait rendue inconsciente, que le chirurgien n'avait pas assisté au changement de position du corps de l'opérée, lequel n'avait pas été effectué et surveillé comme il aurait dû l'être, compte tenu de l'incident déjà survenu ; »
> « Qu'une telle accumulation de fautes ne pouvait permettre à la Cour, sans se contredire, d'exonérer le chirurgien de toute responsabilité, comme en avaient décidé les premiers juges, aux seuls motifs qu'il n'avait pas l'obligation de surveiller les actes de l'anesthésiste, en raison de la spécialisation et de la mission technique de ce dernier et que ce chirurgien n'avait lui-même commis aucune faute caractérisée, dès lors qu'il avait fait établir un bilan urologique complet de la malade et procédé à son opération dans des conditions satisfaisantes. »

(83) Cass.crim., 22 juin 1972, JCP 1972 II 17266, note R. SAVATIER.

La Cour de Cassation renvoya la cause à la Cour de Toulouse (84) qui retint la responsabilité conjointe et cumulative du chirurgien avec l'anesthésiste, confirmant ainsi le rôle prééminent du chirurgien, chef de l'équipe :

> « Attendu, certes, que la surveillance de l'état cardio-vasculaire de l'opéré incombe essentiellement au médecin-anesthésiste-réanimateur ; mais que l'*anesthésie et la réanimation ne sont pas une fin en soi*, qu'elles concourent à un but commun à l'anesthésiste et au chirurgien, à savoir une exécution correcte de l'acte opératoire et la guérison du malade, qu'elles restent auxiliaires par rapport à l'intervention curative, et que *l'organisation et la conduite générale de l'opération appartiennent au chirurgien,* qui règle la durée de celle-ci et le choc qu'elle fait subir au patient en fonction des nécessités opératoires ; *qu'il doit exister entre eux une intime collaboration, le chirurgien prenant les décisions principales auxquelles l'anesthésiste doit constamment s'adapter, ce qu'il ne peut faire que sur les instructions du chirurgien.* »

C) Deux cas de régurgitation

1) D'une manière générale, on peut dire que lorsqu'un malade a mangé, le transit intestinal vide l'estomac dans un délai compris entre trois et cinq heures. Ce délai peut cependant être considérablement prolongé du fait d'un accident, de l'émotion, d'un choc traumatique, du travail de l'accouchement, de prédispositions du patient, etc. Or, la vacuité de l'estomac du futur opéré est une des conditions essentielles d'une bonne anesthésie ; les médecins de l'équipe chirurgicale doivent ainsi s'assurer, avant l'intervention, que le patient est à jeûn pour éviter toute régurgitation.

La régurgitation (85) consiste en un reflux du contenu gastrique vers l'œsophage, la bouche et le pharynx, puis dans les voies respiratoires ; elle provoque souvent de graves lésions aux bronches, voire même une asphyxie et un arrêt cardiaque. Ce reflux est dû à un relâchement complet du cardia et des sphinters œsophagiens qui peut provenir du sommeil profond de l'opéré après l'induction ou de certaines prédispositions (86) du patient.

Ainsi, dans la pratique chirurgicale, on prend la précaution de tenir à jeûn les malades qui doivent être soumis à une anesthésie générale. En principe, il faudra différer de quelques heures l'opération d'un patient qui vient de s'alimenter ou de boire pour attendre l'évacuation gastrique spontanée, sauf en cas d'extrême urgence. Si toutefois l'urgence impose une intervention immédiate, l'anesthésiste devra aspirer le contenu de l'estomac du futur opéré au moyen d'une sonde.

(84) Arrêt du 24 avril 1973 cité par DEROBERT, p. 305.

(85) Cf. notamment M. PERNEGROVA, « Vomissement et régurgitation », Enseignement médical 1972, Institut d'Anesthésiologie, Hôpital Cantonal de Genève, pp. 1-5, 9, 10 et 13 ; G. PYTHOUD, « Les accidents au cours de l'anesthésie générale », Département d'Anesthésiologie, Hôpital de Genève, mars 1968, pp. 8-12 ; J. LEONI « Anesthésie chez les malades à l'estomac plein », Encyclopédie medico-chirurgicale, (Paris) 36637, C10, pp. 1-4 : P. MORISOT, « Anesthésie en chirurgie digestive », Encyclopédie medico-chirurgicale (Paris), 36561, A30, pp. 5-9 ; H.J.V. MORTON et W.D. WYLIE, « Morts anesthésiques dues à une régurgitation ou à un vomissement » dans Anaesthesia, octobre 1951, 6, pp. 190-201.

(86) Par exemple, l'obésité, l'âge avancé, la sténose oesophagienne ou du pilor, l'hernie hiatale, l'occlusion intestinale, etc.

Malgré ces précautions et nonobstant les progrès de la médecine, une régurgitation est toujours possible en chirurgie d'urgence, en obstétrique et en chirurgie digestive notamment. Il existe alors certaines mesures d'urgence (87) qui peuvent combattre avec plus ou moins d'efficacité les effets nocifs de ce phénomène.

2) Un enfant de six mois, né avec un pied bot, subit une série d'opérations ambulatoires sous anesthésie générale, afin de mettre un terme à son infirmité. Une septième intervention, à laquelle participèrent le Dr. Z., chirurgien, et le Dr. R., anesthésiste, eut lieu le 9 juin 1964.

L'opération débuta vers 11 heures 45; l'enfant fut endormi au penthotal.

Aussitôt après l'induction, l'anesthésiste constata une régurgitation d'une bouillie que la mère avait donné au nourrisson avant l'opération. Les voies aériennes supérieures furent momentanément obstruées provoquant ainsi une anoxie (diminution de la quantité d'oxygène que le sang distribue aux tissus) cérébrale causant de telles lésions que l'enfant en demeura diminué, au point d'être réduit à l'état végétatif», malgré les soins appropriés qui lui furent prodigués sans délai.

L'instruction permit d'établir que le chirurgien avait autorisé la mère à donner un biberon de lait de quarante grammes à son enfant à 6 heures du matin, l'opération devant se dérouler vers midi. Il semble que la mère l'ait nourri beaucoup plus tard que l'heure prescrite par le chirurgien.

Les deux médecins impliqués avaient allégué que le délai entre la prise du biberon et l'anesthésie était tel qu'ils pouvaient avoir l'assurance que l'estomac du patient était vide. «Une digestion normale dure au maximum quatre heures» devaient dire les deux praticiens.

Le Tribunal Correctionnel de Paris (88) a admis qu'un délai de 5 heures était normalement suffisant pour une digestion complète du repas pris par l'enfant. Toutefois, selon les experts, «ce délai ne peut compter qu'à partir du moment où l'enfant est sous la surveillance du praticien, c'est-à-dire à partir du moment où l'enfant entre en clinique». Le Tribunal estima que les deux praticiens n'avaient pas pris toutes les précautions qui s'imposaient; ils auraient dû notamment faire entrer l'enfant en clinique la veille de l'intervention pour pouvoir contrôler la vacuité de son estomac:

> «Lorsque ni l'un ni l'autre des deux spécialistes ne s'assure que le malade est à jeûn avant l'intervention, les circonstances rendent ainsi les fautes de l'anesthésiste et du chirurgien indivisibles... Les deux praticiens prévenus tendent vainement de se rejeter mutuellement la responsabilité de l'accident; si l'anesthésie proprement dite engage, en principe, la responsabilité du spécialiste qui la pratique, le respect du délai nécessaire pour obtenir l'assurance de la vacuité de l'estomac s'impose aussi bien au chirurgien qui, ayant choisi la pratique ambulatoire et demandé une anesthésie profonde, a fixé l'heure de l'intervention, qu'au médecin qui a réalisé cette anesthésie.»

(87) Basculer le malade la tête en bas, aspirer le mieux possible les vomissements, oxygéner le malade au masque, etc.

(88) Arrêt du 4 mars 1970.

Sur appel, la Cour de Paris, le 10 décembre 1970 (89), a condamné les deux médecins pénalement et civilement, «in solidum», en ces termes:

> «Considérant que si la chirurgie ambulatoire avec anesthésie générale est maintenant admise dans la pratique, elle n'en exige pas moins une observation stricte des règles permettant d'opérer ces anesthésies avec le maximum de sécurité, ce que la routine quotidienne tend à faire négliger;
> Considérant que la vacuité de l'estomac est une des conditions essentielles de cette sécurité; qu'en effet les anesthésiques peuvent provoquer des régurgitations et annihilent les réflexes d'obturation des voies respiratoires de telle sorte que les matières régurgitées risquent d'envahir les bronches et de provoquer l'asphyxie du patient, avec les conséquences dramatiques que l'on sait; que cette règle s'impose d'autant plus dans le cas des nourrissons que leur tendance aux vomissements est connue;
> Considérant, dès lors, que les deux prévenus ont commis une faute de négligence en ne s'assurant pas de la vacuité de l'estmoac de l'enfant, au moins en observant un délai de 5 heures entre l'instant où celui-ci se trouvait sous leur surveillance et celui où l'intervention a été entreprise; que la survenance de la régurgitation au moment de l'anesthésie montre bien d'ailleurs que cette vacuité n'était pas atteinte, peut-être parce que les parents n'avaient pas observé les prescriptions données et ne s'étaient pas rendu compte de leur importance (90) ce qui, en tout cas, imposait d'autant plus une discipline stricte dans l'observation du délai d'intervention.»

La Cour de Cassation (91) a confirmé l'arrêt de la Cour d'Appel en soulignant nettement la responsabilité solidaire du chirurgien et de l'anesthésiste.

3) Dans un second cas de régurgitation, la Cour d'Appel de Rennes, le 18 octobre 1971 (92), a retenu la responsabilité civile du seul anesthésiste.

> «Une faute grossière est commise par un médecin anesthésiste qui, en l'absence de toute urgence, aurait dû attendre au moins quelques heures afin de permettre au patient de ne pas courir un risque très connu dans la pratique opératoire, qui a consisté en une intervention chirurgicale sous anesthésie générale au cours de l'après-midi, sans savoir si la digestion du patient était achevée; le médecin a agi avec une désinvolture et une imprudence pour le moins regrettables alors qu'il subsiste encore suffisamment de risques imprévisibles... dans le plus simple acte chirurgical pour que ceux qui sont bien catalogués soient écartés avec la plus grande vigilance. La faute retenue à l'encontre du médecin ayant eu pour effet de réduire dans des proportions considérables les chances de survie dont le patient disposait après une opération chirurgicale qui aurait été menée en respectant les règles élémentaires, engage sa responsabilité civile, ouvrant droit à la réparation du préjudice des ayants-droit.»

(89) Gaz.Pal. 1971 I 74; cf. aussi HERMAN, op. cit., p. 15.

(90) La Cour a estimé à juste titre que «les deux prévenus ne devaient pas s'en rapporter aux déclarations des parents sur l'importance et l'heure du repas donné à l'enfant et qu'ayant eu celui-ci sous leur contrôle à 9 heures, ils n'auraient dû commencer l'intervention qu'à l'expiration d'un délai de digestion de cinq heures, soit après 14 heures.

(91) Arrêt cité par BOYER CHAMMARD, pp. 245-246.

(92) Gaz.Pal. N° 77, 78, 17-18 mars 1972, p. 18.

4) Un problème délicat se pose quand le chirurgien, de bonne ou de mauvaise (93) foi — parce qu'il a peur que l'anesthésiste refuse d'endormir un patient dont la vacuité gastrique n'est pas certaine — assure formellement l'anesthésiste que le futur opéré est à jeûn. Les tribunaux estiment à juste titre que l'affirmation du patient — ou de ses proches — que son estomac est vide ne dispense pas l'anesthésiste de vérifier ses dires. En revanche, nous pensons que lorsqu'il s'agit d'une affirmation du chirurgien qui, en tant que médecin, en connaît l'importance, la responsabilité de l'anesthésiste qui s'y fie est fortement atténuée, voire entièrement dégagée (94). En effet, on ne peut exiger, surtout en cas d'urgence, qu'un médecin contrôle toutes les informations fournies par un confrère. C'est alors le chirurgien qui devrait répondre seul du dommage.

D) **Anesthésie locale ou générale pratiquée par le chirurgien lui-même** (95)

1) Dame C... désirait raffermir ses seins. Elle consulta un chirurgien esthétique qui, constatant effectivement une ptôse mammaire bilatérale, préconisa une intervention sous anesthésie générale pour corriger cette disgrâce. L'opération réussit parfaitement. Toutefois, la patiente voulut encore que le praticien supprimât les cicatrices, dues à la première intervention, et qu'elle jugeait inesthétiques.

Le chirurgien pratiqua lui-même l'anesthésie locale, au cours de la seconde opération; il administra une forte dose de xylocaïne. Tout se déroula sans incident jusqu'à la fin de la dernière suture. L'opérée fut alors prise de soudaines convulsions généralisées. En quelques minutes, la situation empira et les convulsions s'aggravèrent. Le chirurgien recourut à tous les moyens possibles pour sauver sa patiente (masque à oxygène, injections sussessives de caféïne, de gardénal sodique et de dolosal). Quelques instants plus tard, la patiente fit un arrêt cardiaque. Le chirurgien appela à l'aide un anesthésiste qui ventila la malade après avoir installé une perfusion de sérum glucosé. Même un massage cardiaque pratiqué d'urgence à la suite d'une thoracotomie ne parvint pas à remettre le cœur en route. La patiente décéda.

La mère de la victime ouvrit action contre le chirurgien auquel elle reprochait de ne pas avoir informé sa patiente de la gravité de la seconde opération et de ne pas avoir pris la précaution de se faire assister, même pour une anesthésie locale, par un médecin-anesthésiste.

(93) Le chirurgien peut tromper l'anesthésiste en lui affirmant que le patient est à jeûn de peur que s'il lui disait la vérité, celui-ci proposerait soit d'attendre l'évacuation gastrique spontanée, soit de procéder à une évacuation gastrique, au moyen d'une sonde, donc dans les deux cas de retarder l'opération. Il s'agit-là d'un conflit de priorité entre l'indication d'urgence posée par l'opérateur et le souci de sécurité qui anime l'anesthésiste.

(94) « L'erreur de fait excusable exclut la faute; la faute d'un tiers, en l'occurrence du chirurgien, l'emporte de beaucoup sur celle de l'anesthésiste qui est fondé à s'appuyer sur les informations de ses confrères. Par exemple, « si un pilote décolle au vu d'un avis de contrôle confirmé et complet, il n'a pas à répondre du dommage qu'il cause si la jauge était en fait déréglée et que le plein n'avait pas été fait » (ENGEL, p. 317).

Concernant des précisions inexactes ou des instructions fournies à l'anesthésiste par le chirurgien, cf. également KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 742-743.

(95) FROGE, pp. 73-74; BOYER CHAMMARD, pp. 237-239.

Pour sa part, le chirurgien soutint qu'il n'avait commis aucune faute. A son avis:

1) Le choix de l'agent anesthésique (xylocaïne) était correct.
2) La quantité injectée (400 mg) ne dépassait pas les doses admissibles.
3) L'anesthésie locale était parfaitement adaptée à l'intervention pratiquée.
4) Il n'est pas d'usage de faire appel à un anesthésiste pour une telle intervention.
5) Le traitement réanimatoire entrepris, pour insuffisant qu'il soit, était correct.
6) La thoracotomie et le massage cardiaque qui furent pratiqués étaient, à l'instant où ils furent effectués, l'ultime thérapeutique possible.

2) Le Tribunal de Première Instance débouta la demanderesse qui fit appel. La Cour de Paris, par arrêt du 23 avril 1968 (96), réforma le jugement et condamna le chirurgien à payer à la mère de la victime une indemnité de 8000 francs, tout en reconnaissant qu'il n'avait commis aucune faute technique.

La Cour estima notamment:

> «Il ne suffit pas pour exonérer le chirurgien de toute responsabilité, quand des risques se réalisent au cours d'une intervention, qu'il n'ait rien fait qui ait concouru à leur survenance; il doit, en outre, avoir pris toutes les dispositions utiles, le risque fût-il exceptionnel, pour y porter remède dans les conditions les plus efficaces et en limiter les conséquences...»
> (...)
> «En prévision d'un accident convulsif dont il savait ou devait savoir que, s'il est exceptionnel, il peut néanmoins survenir après une anesthésie locale, le Dr. X. avait l'obligation de s'assurer, puisqu'il n'était pas en mesure de procéder lui-même au traitement approprié, de l'intervention immédaite d'un médecin-anesthésiste; les usages ne sauraient dispenser des précautions qu'impose la prudence, surtout lorsque la vie des êtres humains est en jeu.»

> *«Même si la majorité des chirurgiens qui pratiquent des anesthésies locales ne se préoccupent pas, avant leurs interventions, de pouvoir être aidés sur le champ en cas de besoin par un anesthésiste, un petit nombre du moins le font et le chirurgien qui n'a pas pris cette précaution a commis une imprudence* au cas de décès de la patiente du fait de l'anesthésie. La responsabilité du chirurgien doit être retenue bien qu'il ne soit pas certain que, même appliqué dans des conditions précisées par l'expert, le traitement de l'accident, auquel l'opéré a succombé, en aurait évité les conséquences fatales. Il est certain, en revanche, qu'en n'y recourant pas, le chirurgien a compromis la chance de survie de l'opérée et il doit réparation à la mère de cette dernière, du prpjudice que la perte de cette chance imputable à son imprudence a causé».

Le corps médical a estimé, à notre avis à juste titre, que les considérants de la Cour d'Appel étaient d'une sévérité excessive (97).

(96) JCP 1968.15625, note R. SAVATIER.
(97) Cf. l'article de GOMBAULT et POULETTI cité, infra, à la note 103.

En outre, SAVATIER a émis des réserves sur ce jugement qui retient la responsabilité du chirurgien sur le seul fondement d'une faute qui a pu accroître le risque de dommage mais sans qu'il soit acquis que cette faute fût la cause du décès. Théoriquement, en effet, il ne peut y avoir mise en cause de la responsabilité du médecin que lorsqu'il a établi avec certitude un lien de causalité entre la faute et le dommage (98).

Or, comme nous l'avons déjà vu (99), les tribunaux français apprécient parfois ce lien avec un laxisme inquiétant permettant ainsi une indemnisation systématique de la victime.

La Cour de Cassation a confirmé cette décision le 27 janvier 1970 (100).

3) DE VILLE DE GOYET (101) rapporte le cas suivant:
Un patient meurt lors d'une intervention dentaire sous anesthésie générale, anesthésie donnée par le chirurgien lui-même avec la seule aide d'une infirmière. Le chirurgien fut condamné pour homicide involontaire.

Le 6 décembre 1963, retirant au chirurgien son droit d'exercer l'art de guérir en Belgique pendant un jour, le Conseil Provincial de Flandre Orientale de l'Ordre des Médecins nota dans ses attendus que «le chirurgien aurait dû, pour l'anesthésie, faire appel à un spécialiste anesthésiste et que ce chirurgien a fait des fautes graves contre la déontologie en commettant notamment deux erreurs, à savoir la non-intubation... et en outre l'absence d'intervention d'un anesthésiste, de sorte que le chirurgien a dû s'occuper à la fois de l'opération et de l'anesthésie, exposant ainsi le patient à des accidents lors de l'anesthésie si l'opération ne se déroulait pas comme prévu — ou à des accidents lors de l'opération si l'anesthésie ne donnait pas satisfaction».

4) De plus en plus, les anesthésies sont pratiquées par des médecins spécialistes. Cependant, certaines décisions «qui dépassent les usages et semblent méconnaître les conditions dans lesquelles s'exerce la médecine», retiennent que le chirurgien, qui ne se fait pas assister par un médecin-anesthésiste, commet une imprudence (102), même quand il ne pratique qu'une anesthésie locale (103).

Dans un tel cas, il s'agit d'ailleurs d'un problème plutôt chirurgical qu'anesthésique. En effet, chaque jour, les chirurgiens ou généralistes pratiquent des milliers d'anesthésies locales. Celles-ci présentent certes des dangers; toutefois, il est pratiquement impossible — vu le nombre restreint d'anesthésistes et leur organisation de travail — d'exiger leur intervention pour chacune d'elles.

(98) FROGE, p. 73.
(99) Cf., supra, pp. 139 ss.
(100) Cass.civ. 27 janvier 1970, JCP 1970 II 16422, note RABUT.
(101) P. 20.
(102) Trib.Gd.Inst. Montpellier, 21 décembre 1970, Gaz.Pal. 1971 I.76.
(103) GOMBAULT et POULETTI, «L'exercice de la médecine sera-t-il encore possible? dans le Concours Médical 1970, N° 14, pp. 3227 ss.
Cf. entre autres: Cass.civ. 31 mai 1960, D.1960, p. 571; Cour d'Appel de Lyon, 11 octobre 1967, puis sur pourvoi, Cass. crim. 20 juin 1968, Bull.1968, N° 201, p. 87.

Une sévérité excessive des tribunaux inciterait les praticiens à renoncer à ce genre d'anesthésie, finalement au détriment des malades qui, ainsi, n'auraient plus qu'à choisir entre l'anesthésie générale ou l'opération à vif (104).

Section 5. Fautes ou erreurs classiques de l'anesthésiste dans la pratique de son art (105)

Nous commencerons par faire quelques considérations générales sur les trois points suivants:

— le risque anesthésique;
— l'augmentation constante des plaintes ou des procès contre des anesthésistes;
— la nature du contrat de soins liant le patient à ce spécialiste.

Puis nous étudierons les accidents classiques d'anesthésie.

A) Le risque anesthésique

L'anesthésie est une discipline à haut risque (106). Ce risque dépasse parfois le risque chirurgical; il est totalement indépendant de la bénignité ou de la gravité de l'intervention que le patient doit subir (107). Les accidents ont tou-

(104) HERMAN, op.cit., pp. 7-8.

(105) Nous n'aborderons dans cette section que les accidents pour lesquels la responsabilité du seul anesthésiste est évidente dès la réalisation du dommage, à l'exclusion de toute responsabilité du chirurgien, de la clinique ou d'un auxiliaire de celle-ci.

(106) FROGE, p. 15; Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial: La Responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), p. 331; F. LEYMARIE, p. 19; ÇAKMUR, p. 39; A. GOMBAULT, dans Concours Médical, 31 mai 1969, p. 4783; C. FAYOT-YONA, «Mortalité-morbididité en anesthésie», thèse de médecine Paris, Bichat-Beaujon 1975, N° 22; J. BAUMANN, «Les risques vitaux de l'anesthésie générale», dans Cahiers d'anesthésiologie, T. 23, N° 3, 1975, p. 304; V. KEATING, «Les accidents de l'anesthésie», Lloyd-Luke, édit., Londres 1956, 1 vol., 26 pages; M.H. ARMSTRONG DAVIDSON, «Les accidents de l'anesthésie», Cahier Anesth., mars-avril 1957, 4, N° 6, 469; W. HUGIN, «Le risque opératoire», Cahiers d'Anesth., novembre 1956, 4, N° 3, 215-234; E. KERN, «La mortalité en anesthésie et chirurgie. Discussion à propos de la statistique de Beecher et Todd», Cahiers d'Anesth., septembre 1956, 4, N° 1, 5-22, E. KERN, «Essai d'interprétation des accidents mortels per-opératoires», dans Anesth. et Analg., janvier-février 1957, 14, N° 1, 108-114; G. THOMERET et A. DURANTEAU, «A propos des accidents mortels de l'anesthésie», dans Anesth. et Analg., janvier-février 1957, 14, N° 7, 121-128; G. PYTHOUD, op.cit., supra, note 80bis; Dr. D. SCHWANDER, op.cit., p. 3; C. HERMAN, «Réflexions sur la mort subite per-opératoire», dans Encyclopédie medico-chirurgicale, 1974, N° 2, pp. 59-60.

Cf. KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 717.

Aix, 14 février 1950, D.1950.322: «Toute intervention, toute anesthésie s'accompagnent d'un risque qui appartient au domaine des impondérables, et ne saurait équitablement être mis à la charge du médecin dès lors qu'aucune faute professionnelle même légère, ne peut être retenue contre lui.»

Cf. aussi Cass.civ. 17 février 1959, Gaz.Pal. 1959 I 245.

(107) Cf., supra, note 40, chap. I.

J. MONTAGNE, «Complications de l'anesthésie générale», Encyclopédie medico-chirurgicale (Paris), 36405, A10, p. 1: «Toute anesthésie peut comporter en soi un risque mortel: plus l'acte chirurgical est bénin, plus la gravité de l'acte d'anesthésie devient évidente et paraît presque disproportionnée par rapport au risque chirurgical.»

Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial: La Responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), p. 331: Les statistiques des compagnies d'assurances françaises confirment la fréquence relative des accidents majeurs à l'occasion d'opérations bénignes (opérations d'ORL, curetages, etc.).

jours existé, en dehors de toute erreur, de tout manque de précautions ou de prudence.

Il ne faut pas oublier que, « parmi tous les médecins, l'anesthésiste est le seul à qui il est demandé de créer artificiellement une pathologie, de la contrôler et de faire en sorte qu'elle soit réversible et sans séquelle (108) ». En outre, dans les autres spécialités médicales ou en médecine générale, « le dommage consistera souvent en une perte de temps et d'argent. En anesthésie en revanche, l'erreur, si elle existe, la maladresse ou la négligence, vont conduire à la mort ou à des séquelles neurologiques si graves que dans la majorité des cas, le patient ne pourra être réinséré dans la vie sociale » (109). Il faut encore préciser que tous les patients ne courent pas, pour la même opération, un risque équivalent (110).

Les trois grandes compagnies françaises d'assurances spécialisées dans la couverture des risques professionnels médicaux (Le Médicale de France, le Sous-Médical et La Mutuelle du Corps Sanitaire Français) ont ouvert leurs dossiers à deux médecins qui ont pu publier une étude statistique (111) de synthèse sur les accidents survenus en anesthésie dans le secteur public, de 1950 à 1973, notamment sur leurs causes, leur nature et leur gravité.

(108) Ibid., p. 300.

(109) Ibid., p. 299.

(110) J. MONTAGNE, article cité à la note 107, supra, p. 1. L'auteur, traitant de l'évaluation du risque anesthésique, mentionne que les auteurs étrangers se sont attachés à établir une classification du risque anesthésique en fonction de l'état du malade.

« Stade 1 : patient sans maladie organique ou avec une affection localisée ne pouvant retentir sur son état général (fracture en l'absence de choc, hernie sans complication, etc.).

Stade 2 : patient souffrant d'une affection organique légère (diabète bien compensé, anémie légère, cardiopathie bien compensée, etc.).

Stade 3 : patient atteint d'une affection organique sévère (diabète décompensé, occlusion, choc sévère, cardiopathie grave).

Stade 4 : tout individu atteint de troubles organiques sévères mettant immédiatement sa vie en danger (décompensation cardiaque ou rénale, choc sévère, etc.).

Stade 5 : tous les patients opérés en urgence rentrant dans les catégories 1 et 2.

Stade 6 : tous les patients opérés en urgence rentrant dans les catégories 3 et 4.

Stade 7 : tous les malades moribonds.

Cette classification qui n'est pas parfaite a le mérite de souligner que le risque anesthésique n'est pas le même pour tous les malades et qu'en particulier les malades opérés en urgence présentent un risque aggravé ».

Cf. également C. HERMAN, « Réflexions sur la mort subite per-opératoire », article précité, p. 59 : « Une seconde notion de statistique : le nombre de décès per-opératoires est extraordinairement variable selon les auteurs. *Un décès pour 2000 interventions* semble correspondre à un chiffre moyen, chiffre bien entendu variable selon :

— la qualité des opérateurs, des anesthésistes ;

— les moyens de réanimation dont ils disposent ;

— mais surtout selon la nature même des interventions. Il est une chirurgie « casse-cou », il est des terrains « casse-cou », certains les récusent. Ils ont des statistiques plus flatteuses que ceux qui acceptent ces risques ».

(111) Cf. J.D. GRINGOIRE et J.B. CAZALAA, dans Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial : La responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), pp. 271 ss. et R. HUSSON, « Le risque anesthésique », dans la même revue, pp. 379 ss : La proportion des accidents est d'environ 1 cas pour 2000 anesthésies. Les médecins-anesthésistes ne représentent que le 3% de l'ensemble des assurés (médecins et cliniques) alors que le 15% de la totalité des accidents concerne l'anesthésie. Entre 1950 et 1973, on trouve 56% d'anesthésistes, 24% de chirurgiens et 5% de cliniques mis en cause. De 1950 à 1958, les accidents d'anesthésie représentaient le 34% des cas pré-, per- et

B) L'augmentation constante de la mise en cause des anesthésistes

La responsabilité de l'anesthésiste est ainsi très lourde; celui-ci est beaucoup plus fréquemment inquiété que l'interniste ou le chirurgien (112): c'est la rançon de la profonde évolution de l'anesthésiologie au cours de ces trente dernières années et de son accession au rang de spécialité indépendante.

Toutefois, il faut noter que l'augmentation des plaintes ou des dossiers ouverts contre des anesthésistes n'implique pas vraiment une augmentation

post-opératoires traités par les trois compagnies d'assurances; durant la période allant de 1968 à 1973, ce chiffre est monté à 61%. En revanche, durant ces deux périodes, les cas dont répondaient les chirurgiens passaient de 52 à 15%. L'augmentation en pourcentage de la mise en cause des chirurgiens de 1962 à 1970 a été de 72%, tandis que celle des anesthésistes augmentait de 456%. Le 64% des cas dénoncés concerne des interventions bénignes (curetages, biopsies, forceps, explorations endoscopiques, opérations d'ORL, etc.), le 23%, des interventions moyennes (hernies, appendicectomies, chirurgie esthétique, etc.) et le 13%, des interventions graves (péritonites, polytraumatisés). Le 12% des cas d'anesthésie surviennent au moment de l'induction, le 24% en cours d'intervention, le 29% en fin d'intervention et le 35% en période post-opératoire.

Les auteurs ont établi une classification des accidents qu'ils ont analysés:

— Décès: 30%

— Séquelles neurologiques (accidents neurologiques d'origine centrale dont quelques décérébrations): 5%

— Accidents neurologiques périphériques par compression ou élongation du plexus brachial: 14%

— Accidents d'intubation (essentiellement fractures de dents naturelles pour moitié et de prothèses fixes pour l'autre moitié): 28%

— Accidents dus aux injections intra-musculaires et surtout intra-veineuses: 11%

— Traumatismes du réveil (chute de la table d'opération, du chariot de transport, du lit d'hospitalisation..) 5%

— Erreurs d'anesthésies locales 3%

— Accidents dus au matériel (brûlures ou explosions) 2%

— Erreurs de transfusion 2%.

Sur ce problème, voir aussi J. BAUMANN, « Les risques vitaux de l'anesthésie générale, dans « Cahiers d'Anesthésiologie », T. 23, N° 3, 1975, p. 304; W.D. WYLIE, « Le risque anesthésique », dans Cahiers d'Anesthésiologie, T. 23, N° 4, 1975, pp. 351-362.

(112) F. LEYMARIE, pp. 38-39; B. GAUDILLERE, « Etude des accidents anesthésiques survenus en pratique privée de 1955 à 1965 », thèse de médecine, Paris 1967.

Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial: la responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), p. 374: L'aggravation de la responsabilité médicale, particulièrement dans les disciplines à haut risque, est un phénomène mondial mis en lumière par les travaux du 3e congrès mondial de droit médical (Gand, août 1973) et de l'Association médicale mondiale. Ce phénomène est général en Europe mais, comme le montre un rapport d'un organisme européen groupant les techniciens de l'assurance, c'est en France que la prise en charge de la responsabilité médicale par l'assurance est la plus étendue pour sa durée comme pour son montant.

Ibid., p. 291: La même constatation peut être faite en consultant le rapport qui a été établi en janvier 1973 à la demande du Département de la santé des Etats-Unis, rapport qui est une étude très complète sur la responsabilité médicale aux Etats-Unis et qui montre que dans ce pays aussi l'anesthésie est une des spécialités qui est à l'origine du plus grand nombre de réclamations.

Ibid., p. 380: Cette augmentation est due à plusieurs facteurs : l'accroissement du nombre d'actes chirurgicaux et par suite du nombre d'anesthésies, l'augmentation du nombre des anesthésistes, le caractère parfois audacieux des anesthésies qui, si elles ne sont pas rigoureusement conduites ou données dans des conditions suffisantes de sécurité, peuvent aboutir à des catastrophes.

Ibid., p. 402: Sans reprendre en détail la jurisprudence, on remarque que, par rapport à la période allant de 1950 à 1965, même si les juges, dans un accident d'anesthésie, tendent parfois à faire intervenir la solidarité des membres de l'équipe chirurgicale, la responsabilité de l'anesthésiste est de plus en plus souvent mise en cause alors que celle du chirurgien l'est de moins en moins.

Concernant l'historique des procès en anesthésie de 1850 à 1930, cf. POMMEROL, pp. 55-60.

réelle du risque anesthésique ou ne signifie pas forcément qu'il y ait plus d'accidents qu'autrefois car, d'une part, s'ils étaient considérés naguère comme des accidents opératoires, ils sont maintenant individualisés comme accidents anesthésiques; d'autre part, la tendance à la mise en cause des médecins augmente en France comme ailleurs (113).

C) Le contrat de soins anesthésiques

La jurisprudence et la doctrine ont admis que l'activité de l'anesthésiste relevait d'un contrat de soins, même si l'anesthésie n'avait pas un but directement curatif. On peut donc appliquer à l'anesthésiste les principes et les conditions de la responsabilité médicale ordinaire (114).

Prendre en charge un malade dans sa chambre en clinique, l'examiner la veille de l'opération, le mettre en confiance, discuter avec lui au besoin du mode d'anesthésie, puis le surveiller pendant l'intervention chirurgicale, assurer la sécurité de son réveil et de son équilibre post-opératoire hors de la salle d'opération, éventuellement le suivre en réanimation si le cas l'exige, entraîne une responsabilité qui dépasse largement la simple compétence technique (115). En effet, la mission de l'anesthésiste s'étend actuellement à la réanimation des opérés, des traumatisés, des intoxiqués, des brûlés et des personnes victimes d'un arrêt respiratoire, ainsi qu'aux soins intensifs (116).

« Les tribunaux français ont cherché à dégager, dans leur jurisprudence, quelles pouvaient être les fautes de l'anesthésiste. De ce fait, ils ont été amenés à établir un véritable *catalogue* des divers actes dommageables de l'anesthésiste,

(113) Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial: La responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), pp. 281 et 331; J. BAUMANN, article précité à la note 106, p. 304.

(114) F. LEYMARIE, pp. 18-19; ÇAKMUR, pp. 79-80; Trib.civ. de la Seine du 29 janvier 1957, arrêt cité par R. FONTAINE dans la Presse Médicale du 27 avril 1957, supplément N° 34; DE VILLE DE GOYET, p. 11.

ÇAKMUR, p. 25 souligne que le médecin-anesthésiste peut également être recherché pour des manquements ou des fautes médicales en dehors de sa spécialité.

(115) F. LEYMARIE, p. 39; ÇAKMUR, p. 49; R. HUSSON, Le risque anesthésique, dans Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial: La responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), p. 404.

FROGE, p. 36: « L'anesthésiologiste a d'abord pour rôle d'anesthésier des malades pour permettre au chirurgien de pratiquer une intervention chirurgicale. Il doit essayer de procurer au malade et au chirurgien tout le confort opératoire possible, celui-ci étant obtenu à l'aide de drogues anesthésiques dont le maniement est délicat et dangereux. Ces drogues lui permettent de mettre un homme en état de coma, de « mort apparente », dont il devra le « ressusciter ». Pouvoirs énormes, responsabilité majeure, confiés à un être dont on ne peut concevoir qu'il ne soit pas médecin, au regard de la complexité des techniques et de l'éventail pharmacologique constamment élargi. Ce rôle de l'anesthésiologiste ne peut être le seul, sinon ceux-ci stagnent au rang de simples éthériseurs ou chloroformistes du siècle dernier. »

(116) DE VILLE DE GOYET, p. 34; Cour d'Appel de Nice, 28 mars 1969; Cour d'Appel d'Aix, 26 novembre 1969.

Cf. également Prof. J. HAMBURGER, « La puissance et la fragilité », pp. 18-25. L'auteur définit ainsi la réanimation: « Discipline nouvelle des gestes thérapeutiques destinés à conserver un équilibre humoral aussi proche que possible de la normale au cours des états morbides aigus quelle qu'en soit la nature ».

en essayant de distinguer ceux qui entraînaient une responsabilité du praticien et ceux qui constituaient des cas fortuits (117).»

C'est le catalogue de ces fautes que nous allons examiner maintenant.

D) La visite pré-opératoire et les conséquences juridiques de son omission

La visite pré-opératoire représente la première phase de l'activité de l'anesthésiste; elle est généralement considérée comme une obligation essentielle de ce spécialiste. La jurisprudence a estimé que le malade devait être «soigneusement préparé avant de subir une anesthésie» (118).

Le Tribunal de Grande Instance de St-Etienne (119) a précisé cette obligation:

> «L'anesthésiste n'a pas seulement pour rôle d'assister le chirurgien dans l'acte opératoire, mais doit préalablement à l'opération, prendre contact avec le malade, l'interroger sur son passé et ses intolérances, procéder aux examens qui s'avèreraient nécessaires, afin de choisir en connaissance de cause, l'anesthésique le mieux adapté à son tempérament.»

A son tour, le Tribunal de Grande Instance de Béthune, dans un jugement du 23 octobre 1970 (120), a décalré:

(117) FROGE, p. 22.

(118) F. LEYMARIE, pp. 22-23 et 36; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 732; FROGE, p. 46.

DE VILLE DE GOYET, p. 17: L'Ordre des Médecins et la jurisprudence belges s'accordent à constater que cette visite pré-opératoire est obligatoire et qu'elle doit se faire la veille de l'opération. Voici à cet égard les attendus de la 21e Chambre du Tribunal Correctionnel de Bruxelles (11 décembre 1963, JdT 1964.111):

«Attendu que la nécessité d'un examen de contrôle la veille de l'opération par le médecin-anesthésiste a été affirmée par les médecins-experts et se justifie par la considération que l'état de la malade peut évoluer entre l'examen pré-opératoire et le jour même de l'intervention;... qu'il apparaît dangereux de laisser l'opportunité d'une visite du médecin-anesthésiste à l'appréciation des infirmières...

Attendu qu'il apparaît en conséquence établi qu'en ne prenant pas cette précaution d'effectuer une visite de contrôle à la dame S... la veille du jour fixé pour l'intervention, le Dr. X... a commis une faute relevant de la discipline médico-chirurgicale...»Ouvrage collectif publié par la Société française d'anesthésie, d'analgésie et de réanimation, Paris 1975 «Complications des 24 premières heures post-opératoires», journées d'enseignement post-universitaire d'anesthésie et de réanimation, 1974, p. 445: On ne répètera jamais assez l'importance de la visite pré-opératoire. Hâtive, voire oubliée, elle peut être à l'origine de drame. A ce moment, il faut préciser:

— les antécédents,
— les traitements subis,
— le retentissement de la maladie motivant l'intervention.

Ces faits seront inscrits sur la fiche d'anesthésie.

Cf., supra, pp. 312-313.

(119) Arrêt cité par C. HERMAN, op.cit., p. 6.

(120) Cf. le Concours Médical 1972, N° 28, p. 5323.

Le Tribunal correctionnel de Nice (arrêt cité par FROGE, p. 58) a affirmé que «l'anesthésiste est tenu avant toute opération de se livrer aux investigations nécessaires, notamment à l'examen complet du patient». Or, peu avant l'opération, l'anesthésiste s'était rendu dans la chambre du patient; il avait «supposé» que la piqûre avait été faite et n'avait procédé à aucun examen. Le Tribunal reprocha au praticien «de s'être borné, le matin même de l'intervention, après avoir demandé l'âge et l'état apparent du futur opéré, à indiquer la prémédication à l'infirmière et de n'avoir pas jugé bon de se déplacer pour voir l'enfant ni de s'inquiéter auprès de sa mère de son comportement éventuel en réaction aux produits d'anesthésie à lui administrer».

> « L'anesthésiste-réanimateur doit prendre connaissance du dossier du malade avant l'opération et suppléer dans toute la mesure du possible aux lacunes qu'il constate ; hors le cas d'urgence absolue, il a le devoir de ne pas endormir le patient sans un minimum de renseignements. »

La visite pré-opératoire se justifie pour les motifs suivants (121) dont nous avons déjà parlé dans la deuxième partie de l'ouvrage :

— l'obtention du consentement du patient ;
— l'examen médical du malade ;
— la correction éventuelle de certains désordes physiologiques ;
— la préparation psychologique ;
— le choix du mode d'anesthésie ;
— la prescription de la prémédication.

1) C'est au cours de la visite pré-opératoire que le contrat est conclu — souvent de manière tacite — entre le futur opéré et l'anesthésiste et que ce dernier sollicitera le consentement libre et éclairé du patient en lui expliquant sommairement comment il sera endormi (122).

Hormis le cas d'urgence, la visite pré-opératoire a lieu la veille de l'intervention et l'accord tardif donné en salle d'opération « alors que le malade a reçu une prémédication et que la proximité de l'opération devrait à ce moment retenir tout son esprit de graves préoccupations » serait insuffisant (123). Mais ce principe ne doit pas impliquer le rejet total des traditions médicales qui prévoient notamment le traitement des patients dits « ambulatoires », L'entrée en clinique dès la veille de l'opération ne s'impose pas pour les patients devant subir certaines interventions mineures ou même certaines opérations électives qui ne requièrent pas d'examens pré-opératoires poussés ou qui sont fixées tard dans la journée (124).

2) L'anesthésiste doit également prendre connaissance du dossier du malade, faire son anamnèse, s'informer des traitements, opérations et maladies antérieurs susceptibles de provoquer chez lui des réactions déconseillant l'intervention ou requérant des précautions particulières (125).

(121) Cf., supra, pp. 259-261.

DE VILLE DE GOYET, Le risque acceptable en anesthésiologie, dans Anesthésiologie Européenne, 1959, p. 69 : Le patient peut toujours refuser l'anesthésiste que lui propose la clinique ; cependant, l'anesthésiste est généralement accepté tacitement par le malade.

(122) Cf. HERMAN, Responsabilité médicale en anesthésie-réanimation, pp. 11-12.

Concernant le consentement du patient et les informations que le médecin doit lui fournir, cf., supra, chap. III, 1re partie.

FROGE, p. 54.

(123) DE VILLE DE GOYET, p. 16.

(124) FROGE, p. 51 ; F. LEYMARIE, p. 17 ; HERMAN, Responsabilité médicale en anesthésie et réanimation, p. 11.

(125) Cf. FROGE, p. 51 ; DE VILLE DE GOYET, p. 17 ; SAVATIER, p. 964 ainsi que la jurisprudence citée par l'auteur aux notes 117 et 125.

Voir aussi Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial : La responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), p. 331.

Voir encore KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 732-733.

L'anesthésiste doit encore examiner son patient personnellement et de manière approfondie (126) en recourant aux examens qui permettront de garantir le maximum de sécurité à l'opération. Même en cas d'intervention urgente, l'anesthésiste ne saurait se dispenser de procéder à un minimum d'examens tels que le groupe sanguin et la vérification de la vacuité de l'estomac (127).

3) Cette première prise de contact permet aussi de créer des conditions psychiques favorables au patient en calmant ses inquiétudes (128).

4) L'anesthésiste doit également faire en sorte que l'intervention puisse se dérouler dans les meilleures conditions techniques possibles, après avoir évalué globalement le risque que représente la technique qu'il sera amené à employer par rapport à l'état général du malade (129).

5) La prescription de médicaments préparant à l'anesthésie représente la deuxième étape du traitement opératoire (130).

La médication pré-opératoire (131) fait partie intégrante de l'anesthésie. Elle est fondée sur l'association de sédatifs, d'hypnotiques et de parasympathicolytiques.

Elle doit être adaptée au malade et au mode d'anesthésie. Il est donc indispensable que l'anesthésiste examine lui-même le malade avant l'opération, qu'il fasse le bilan de son état, afin de choisir la technique et les agents appropriés à son cas.

La prémédication a quatre buts principaux:

1) La sédation et le sommeil.

2) La diminution du métabolisme basal et de l'irritabilité réflexe.

(126) Les mêmes auteurs qu'à la note précédente.

Concours Médical 1972, N° 35, pp. 5545 ss.; Cass.civ., 3 février 1969, Bull. civ.I, N° 56, p. 42; Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial: La responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), p. 331.

Voir aussi F. LEYMARIE, pp. 22-23: «C'est ainsi que généralement, sauf en cas d'extrême urgence, l'anesthésiste requiert un minimum d'examens cliniques (par exemple ECG), biologiques et radiologiques, dits examens de routine. En effet, le médecin-anesthésiste se trouve toujours en présence de cas particuliers: intervention urgente, intervention sur un sujet qui n'a jamais été médicalement observé au préalable (fracture...). Il doit donc choisir et ordonner les examens pré-opératoires en fonction de chaque cas et compte tenu des données qu'il connaît.

Or, si le médecin-anesthésiste ne peut, par le choix qu'il a fait, garantir le succès d'une intervention chirurgicale, il doit, du moins en tenant compte de chaque cas particulier, recourir aux examens qui permettront d'opérer avec un maximum de sécurité. Par suite, il commettrait une faute engageant sa responsabilité en omettant de procéder à un examen pré-opératoire qui serait la condition essentielle de cette sécurité.»

(127) Besançon, 26 juin 1964, dans La Presse Médicale, 1970, N° 8, p. 386; Paris, 10 décembre 1970, Gaz.Pal. 1971.I.74.

(128) Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial: La responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), p. 331; N. SANSOY et J.P. ST-MAURICE, «L'importance de la relation thérapeutique anesthésiste-malade», Cahiers d'anesthésiologie, T. 22, N° 6, octobre 1974, p. 655 et E. FAROULT, T. 23 N° 3, 1975, pp. 334-335.

O. SCHMID-SCHMIDSFELDEN, «Le problème de l'action psychologique pré- et post-opératoire», Anesthesist, juin 1953, 2, N° 3, 106-109.

(129) Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial: La responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), p. 331.

(130) F. LEYMARIE, p. 23; DE VILLE DE GOYET, p. 17.

(131) «La Prémédication», enseignement aux médecins, cours post-gradués, Département d'Anesthésiologie, Hôpital cantonal, Genève, mars 1965.

3) L'élévation du seuil des perceptions douloureuses.
4) La diminution des sécrétions salivaires et du tractus respiratoire supérieur et la neutralisation des propriétés toxiques de certains anesthésiques.

« L'objet principal de la prémédication est de calmer l'angoisse qu'éveille chez la plupart des malades la perspectives de l'opération et souvent de l'anesthésie... »

DE VILLE DE GOYET (132) rappelle enfin qu'il est préférable d'indiquer la prémédication « non par téléphone,mais par un écrit très lisible, les doses et le mode d'administration y étant notées d'une façon qui ne prête pas à confusion ». L'auteur cite le cas d'un anesthésiste qui avait prescrit très distinctement dans un livre ad hoc une dose de 2 cm^3 de thalamonal, à administrer trois quarts d'heure avant l'intervention. Malheureusement, l'infirmière s'est trompée et a injecté une fiole de 10 cm^3 de ce produit comme prémédication. Puis elle laissa le malade seul, sans surveillance; celui-ci décéda peu après.

Il n'y eut aucune poursuite ni civile ni pénale contre l'anesthésite. La clinique, jugée civilement responsable de l'infirmière, sa préposée, dut payer une forte indemnité. Théoriquement, la clinique aurait pu ouvrir une action récursoire contre l'anesthésiste. Sur le plan pénal, seule l'infirmière fut inculpée.

E) **Le choix du mode d'anesthésie** (133)

L'examen pré-opératoire permet à l'anesthésiste de connaître les particularités physiologiques et pathologiques de l'opéré afin d'être en mesure de conformer l'anesthésie à la condition du malade et de lui assurer le mode d'insensibilisation le plus approprié à son état (134).

Certaines interventions mineures ou de courte durée sont réalisables sans qu'il soit nécessaire d'effectuer une anesthésie générale. Il suffit d'insensibiliser une région ou même l'endroit ou on opère, par une anesthésie régionale (par

(132) Pp.18-19.
Voir aussi KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 287: « Danger aussi des ordonnances téléphonées et mal comprises. L'ordonnance écrite, téléphonée ou télégraphiée doit être lisible, compréhensible (eu égard à la personne qui la reçoit et l'exécute) et complète, la référence au « mode d'emploi » qui accompagne les « spécialités » de plus en plus nombreuses et de plus en plus substituées aux ordonnances dites « magistrales » ne constituant pas toujours une suffisante garantie. »

(133) Cf. H. VANDEMEULEBROECKE, « Anesthésie locale », Enseignement Médecine, Institut d'anesthésiologie, Hôpital cantonal, Genève, janvier 1971; G. SZAPPANYOS, Anesthésie locale et loco-régionale en chirurgie, en chirurgie ambulatoire, Journées communes de la Société suisse d'anesthésiologie et de réanimation et de la Société suisse de médecine intensive, Résumés, Montreux, 18-20 juin 1976; G. SZAPPANYOS, M. GEMPERLE, K. RIFAT, « Incidents et accidents de la rachianesthésie »; R. BRODOWSKY, « Anesthésie en chirurgie d'urgence », dans Encyclopédie médico-chirurgicale, 36637; E. TASSONYI et D. MOULIN, « Les possibilités et les limites de la rachianesthésie en chirurgie; L.G. AMIOT, « Anesthésie locale, régionale et rachidienne » dans Encyclopédie médico-chirurgicale, Paris, 36505, A10, p. 1; P. HUGUENARD, « Anesthésies extradurales (épidurale, péridurale et paradurale) », dans Encyclopédie médico-chirurgicale, Paris, 36530, A10; N. BOUCHET (DU), « Colloque sur la rachianesthésie », Cahiers d'anesthésie, mars 1958, 5, N° 5, 401-445; J. LASSNER, « L'anesthésie péridurale continue », Cahiers d'anesthésie, novembre 1961, 9, N° 2, 155-187; J. LASSNER et E. GUILLERAT, « L'anesthésie péridurale continue, réflexions sur 250 cas », Anesth.Analg., mars-avril 1964, 21, N° 2, 273-289; N. BOUCHET (DU) « La rachianesthésie », Flammarion, Paris 1957.

(134) F. LEYMARIE, pp. 23-26; FROGE, p. 46; Cour d'Appel d'Aix, 14 février 1950, JCP 1950.5923.

exemple rachianesthésie, épidurale, etc.) ou locale, sans perte de connaissance du patient et sans les inconvénients que présente toute anesthésie générale.

La jurisprudence consacre, ici aussi, le principe de la liberté thérapeutique du praticien : elle admet donc que le choix du procédé d'anesthésie soit laissé au médecin-anesthésiste dans la mesure où il s'agit d'un procédé connu, classique et ne comportant pas de risque majeur (135).

Toutefois, cette liberté ne peut se concevoir qu'à l'intérieur de certaines limites que nous avons déjà étudiées (136) dans la première partie de l'ouvrage.

En outre, l'anesthésiste doit respecter l'accord conclu avec son patient lorsque ce dernier a marqué sa préférence pour un moyen d'anesthésie déterminé (137). Il faut toutefois noter qu'en cette maiètre, les responsabilités de l'anesthésiste et du chirurgien peuvent être communes. En effet, si le choix du mode d'anesthésie appartient en principe au médecin-anesthésiste, celui-ci ne peut cependant pas ignorer l'objet de l'intervention chirurgicale et ses caractéristiques propres. De surcroît, il est évident que le changement du mode d'anesthésie qui résulterait de la modification tardive du type d'opération est légitime (138).

F) L'anesthésie ambulatoire

L'anesthésie ambulatoire, dont la jurisprudence (139) a admis la légitimité, est « une anesthésie générale ou une anesthésie combinée (tranquillisants et mode loco-régional) qui, soit à cause de sa brièveté, soit en fonction de l'agression minime subie par le patient, ne suppose pas une surveillance médicale de vingt-quatre heures, tout en étant réalisée dans le milieu hospitalier » (140). En

(135) Cour d'Appel d'Aix, 14 février 1950, arrêt précité ; Cass.civ., 13 mai 1959, D.1959, Somm. 107 ; Trib.Gd.Inst. Auxerre, 13 novembre 1963, Gaz.Pal. 1964.I, p. 151 ; BOYER CHAMMARD, p. 157, notes 208-209 ; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 729-732.

(136) Cf., supra, 1re partie, chap. III ; chap. VII, sections 3 et 7 ; chap. IX, section 7.

DE VILLE DE GOYET, p. 21 ; LOEFFLER, p. 90.

ÇAKMUR, pp. 79-80 ; FROGE, p. 51.

F. LEYMARIE, pp. 23-26 : « Il est évident que cette liberté ne peut se concevoir que dans certaines limites. Un choix contraire aux « données acquises de la science » et aux résultats de l'expérience engagerait la responsabilité du médecin-anesthésiste. Il en serait ainsi s'il choisissait un procédé d'anesthésie encore au stade de l'expérimentation scientifique. En revanche, il ne commettrait pas de faute en employant une méthode relativement rare, dès lors qu'elle était décrite dans les ouvrages classiques comme pouvant être utilisée sans danger spécial bien que présentant des inconvénients. »

(137) Cour d'Appel de Bruxelles, 6 janvier 1951, arrêt cité par DE VILLE DE GOYET, p. 15.

(138) F. LEYMARIE, p. 26.

(139) Cour d'Appel de Paris, 10 décembre 1970, Gaz.Pal. 1971 I 74 : « Si la chirurgie ambulatoire avec anesthésie générale est maintenant admise dans la pratique, elle n'en exige pas moins une observation stricte des règles permettant d'opérer ces anesthésies avec le maximum de sécurité, ce que la routine quotidienne tend à faire négliger. »

(140) Cf. D. SCHWANDER, « Directives au sujet de l'anesthésie ambulatoire », pp. 1 ss.

M. GEMPERLE, « Anesthésie ambulatoire », dans Médecine et Hygiène, No 1121 du 30 octobre 1974, pp. 1697 et 1698 : « L'anesthésie générale en chirurgie ambulatoire représente un acte dont les incidences sont à considérer comme beaucoup plus importantes que celles de l'intervention chirurgicale, laquelle, par définition, est élective et ne met pas en danger la vie du patient. »

J. BOUREAU, « Les impératifs de l'anesthésie générale chez les patients ambulatoires », Encyclopédie médico-chirurgicale, Paris, 36431, A10, pp. 1 ss.

cas de préjudice, la demande en réparation sera d'autant plus probable que tant le patient que la famille s'attendaient à un acte bref à bénin. L'anesthésie ambulatoire se caractérise donc par la disproportion entre le risque chirurgical qui est quasi nul et le risque anesthésique qui est toujours réel.

G) Injection de penthotal dans l'artère

Le Tribunal de Nice condamnait, le 9 mai 1961 (141), un anesthésiste à une amende avec sursis, en se fondant sur les considérants suivants:

> « Attendu que la dame Z... est entrée à la clinique, pour être opérée le lendemain par le Dr Y... d'une pansinusite bilatérale polypeuse, que le 15 janvier 1958, à huit heures, elle a été placée sur la table d'opération où X..., l'anesthésiste, Docteur en Médecine, Anesthésiste-réanimateur spécialiste, lui plaça un garrot au bras gauche aux fins de procéder à une anesthésie générale par injection de penthotal; qu'il rechercha dans ce but une veine au pli du coude gauche et, ne l'ayant pas trouvée, procéda à cette injection au niveau du poignet gauche; que dès le début de l'injection, la dame Z... accusa des douleurs si violentes qu'elle ne put réprimer des cris qui furent perçus du chirurgien en train de revêtir sa tenue d'opérateur sans une pièce voisine, et qui frappé du caractère anormal de ces plaintes envoyait son infirmière s'enquérir de ce qui les provoquait, que, sans tenir compte de ces douleurs anormales, le Dr X..., anesthésiste, qui avait pris par erreur une artère pour une veine, poursuivit l'injection de penthotal et obtint le sommeil de l'opérée; que le chirurgien constata cependant pendant l'opération, que la malade ne dormait pas de façon satisfaisante; (...)
> Attendu qu'en vue de procéder le 15 janvier 1958 à l'anesthésie de l'opérée, l'anesthésiste avait procédé en effet, lui-même, à un examen clinique complet le 14 janvier dans la soirée et vérifié spécialement la tension artérielle; que n'ayant rien remarqué d'anormal, il avait prescrit l'administration à la malade de Soneryl, de Phenergan, de Dolosal et d'Atropine, médicaments appropriés lorsqu'il y a lieu de procéder à l'intubation trachéale ainsi qu'il était nécessaire précisément, au cours de l'intervention chirurgicale décidée... ».

Le Tribunal fait grief de son imprudence à l'anesthésiste en ces termes:

> « Attendu que l'expert retient encore que les accidentss artériels provoqués par des injections de penthotal, bien que rares sont parfaitement connus tant en France qu'à l'étranger, et que si une erreur peut être à cet égard excusable chez un anesthésiste non spécialisé, le diplôme d'anesthésiste-réanimateur l'exclut en imposant des devoirs particuliers à celui qui le possède, que le malade qui a recours à lui est fondé à se croire à l'abri de tels risques en se fiant totalement à sa compétence et à son expérience; que si dans une certaine mesure, l'accident survenu au cours de l'anesthésie de la dame Z... peut être rattaché à un concours malheureux de circonstances, notamment, dit

(141) Cité par R. FONTAINE, « L'expression de la douleur et la pratique anesthésiologique » dans Anesthésiologie, N° 4, avril 1962, pp. 177 ss.

Dans le même sens, voir Cour d'Appel de Nancy, 20 décembre 1960; Trib.Gd.Inst., Bordeaux 26 février 1964; Cass.civ. 27 mai 1970, JCP 1970, p. 191.

l'expert, à l'existence d'une artère radiopalmaire anormalement développée, la faute commise par l'anesthésiste est d'autant moins contestable sur ce point précis, encore que, spécialiste chevronné d'anesthésie-réanimation, il avait lui-même examiné la malade dans la soirée du 14 janvier, choisi et prescrit la médication pré-opératoire, et à l'instant de l'opération placé le garrot à son bras gauche, avant de procéder à l'injection; qu'il ne devait donc pas négliger le signe et l'avertissement que constituait pour lui le caractère anormal de la réaction douloureuse provoquée par l'introduction de l'aiguille dans ce qu'il a cru être une veine du poignet et qui en réalité était une artère; que, sans doute, à l'endroit choisi par lui, la confusion d'une artère et d'une veine ne constitue pas en soi une faute inexcusable au point de vue professionnel, qu'en revanche les signes certains de cette confusion et les conséquences particulièrement graves que pouvait avoir l'injection pratiquée dans une artère au lieu de la veine étaient connus du prévenu, que ce dernier, en continuant l'injection dans des conditions qui provoquèrent des cris répétés de douleur chez la malade au point d'alarmer le chirurgien, a commis une négligence et une imprudence qui, jointes à la maladresse qu'il avait commise, et qu'il aurait pu facilement réparer, constituent en marge du contrat de soins médicaux qui le liait à la partie civile, le délit prévu et réprimé par les articles 319 et 320 du Code pénal.»

En résumé, on peut retenir les trois points suivants:

1) Même l'anesthésiste le plus chevronné peut se tromper de vaisseau sans commettre une faute.

2) Ce qui constitue en revanche une faute de l'anesthésiste, c'est de continuer l'injection nonobstant les plaintes vives du patient. La survenue de la douleur commande en effet l'arrêt immédiat de l'injection de penthotal qui, selon l'avis unanime des experts, est normalement indolore.

3) Ainsi, la Cour admet que l'expression de la douleur, notion subjective fournie par le malade lui-même, est une indication pour l'anesthésiste.

H) Explosion due au cyclopropane

En utilisant des agents inflammables, ainsi que des gaz sous pression, l'anesthésiste introduit en salle d'opération un risque d'explosion. Ces catastrophes sont heureusement devenues rares. «Lorsque ces accidents se produisent, ils sont généralement très graves, blessant et tuant une ou plusieurs personnes. Leur rareté relative ne dispense donc nullement de la mise en œuvre de toutes les précautions nécessaires pour les éviter. L'explosion anesthésique ne peut résulter que de la réunion de quatre facteurs: un agent inflammable, une source d'oxygène, un mélange explosif formé par la combinaison de ces deux corps, une source d'ignition (142).»

Parmi les gaz anesthésiques, le cyclopropane est hautement inflammable. Le gaz cyclopropane (anesthésique volatil) qui sort de l'appareil d'inhalation

(142) J. VINCENT-ESPINASSE, «Explosions en anesthésie», Encyclopédie médico-chirurgicale, Paris, 36430, pp. 1. ss.; R. ALFIERI, «Les explosions anesthésiques», Acta Institut Anesthésiologie, Arnette, édit., Paris 1958; HADFIELD, «Explosions anesthésiques», British Medical Journal, 9 août 1952, n. 4779. 332-334.

explose parfois au contact de l'air et d'une étincelle, mais il faut cependant noter qu'il n'est pratiquement plus utilisé à l'heure actuelle. La jurisprudence se montre très prudente à ce sujet ; elle ne retient la faute de l'anesthésiste que lorsque l'explosion est due à sa négligence ou à une imprudence certaine de sa part (143).

1) Le 3 mai 1957, une patiente décéda, au cours d'une intervention, à la suite d'une explosion due à la détonation d'un mélange « air-cyclopropane » provoquée par une décharge électrique qui s'était produite au niveau de la soupape du circuit d'expiration de l'appareil d'anesthésie générale. Les juges ont considéré que l'anesthésiste ne pouvait être rendu responsable de la mauvaise conductibilité du sol du bloc opératoire, ni par conséquent de la mise à terre de l'ensemble des appareils et de tout le personnel.

Le Tribunal correctionnel de la Seine (144) a déclaré entre autres :

> « Attendu qu'il est encore fait grief au Docteur D... d'avoir utilisé un mode d'anesthésie particulièrement dangereux et de n'avoir pas provoqué préalablement le consentement de l'opérée.
>
> « Mais attendu que si les mélanges anesthésiques gazeux présentent tous des risques d'explosion, ce n'est pas le fait du seul cyclopropane actuellement en cause ; qu'en réalité tout mode d'anesthésie présente des risques, et que si le cyclopropane est de plus en plus employé, malgré les risques d'explosion, c'est parce qu'il est beaucoup moins toxique que les produits similaires et donne de meilleurs résultats ; qu'il résulte au surplus des communications et des notes scientifiques soumises au tribunal que les accidents dus au cyclopropane sont infiniment moins nombreux que ceux résultant d'autres procédés ; qu'ainsi il ne peut être reproché au Docteur D... l'utilisation d'un procédé parfaitement normal ni, à fortiori, de n'avoir point sollicité le consentement préalable de l'opérée, inopérant d'ailleurs en matière pénale... ».

La Cour d'Appel de Paris a confirmé, le 17 mai 1962 (145), le précédent jugement estimant notamment qu'« on ne pouvait attribuer l'explosion à la négligence ou à une imprudence certaine de la part de l'anesthésiste ».

La Cour avait en outre admis que « le danger d'explosion était accepté par toute la technique moderne et que toute anesthésie comportait des risques de mort. »

2) Alors qu'une fillette était opérée d'un strabisme, une violente explosion, qui provoqua la mort de l'enfant, se produisit dans le bloc opératoire d'une clinique. L'explosion était due à l'inflammation, au contact du galvano-cautère du chirurgien, d'un mélange explosif de cyclopropane et d'oxygène.

(143) ÇAKMUR, p. 73 ; F. LEYMARIE, pp. 26-27 ; voir aussi KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 734-736 ; « Les dangers d'explosion dans les salles d'opération », dans La Presse Médicale, 29 mars 1952, n. 21.468 ; DE VILLE DE GOYET, p. 25.

(144) Arrêt non publié cité par DEROBERT, p. 305.

(145) Gaz.Pal. 1962.2.173 ; ÇAKMUR, pp. 73-74 ; FROGE, p. 22 ; F. LEYMARIE, pp. 26-27. Cette cause, jugée sur le plan pénal, a été ensuite portée devant le Trib.Gd.Inst. de la Seine le 3 mars 1965 (JCP 1966.II.14582, note R. SAVATIER) qui a estimé qu'en cas d'explosion, l'obligation de l'anesthésiste était une obligation de sécurité.

Le Tribunal correctionnel de la Seine a condamné, le 8 janvier 1964 (146), l'anesthésiste à deux mois d'emprisonnement avec sursis et à Fr. 2000.— d'amende, du chef d'homicide involontaire.

> « Lorsqu'un médecin entreprend de traiter un malade ou un infirme, il ne contracte pas à son égard une obligation de le guérir, la médecine humaine ne permettant pas, malgré ses progrès certains, de prendre de tels engagements ; le médecin n'a donc point d'obligation de résultat, mais une obligation de moyens, obligation cependant rigoureuse, étant donné que les tribunaux retiennent depuis longtemps déjà, à l'encontre de son auteur, la faute la plus légère dès lors qu'elle a causé un dommage à autrui. Le médecin a donc l'obligation de prendre le maximum de précautions et de soins, compte tenu de l'état de la science et des techniques, pour conserver la vie et la santé des malades.
>
> « Est pénalement responsable de l'explosion qui a entraîné la mort du patient l'anesthésiste qui connaissait les dangers de l'utilisation du cyclopropane en présence du bistouri électrique. Dans ces conditions, si l'utilisation de cyclopropane au cours de la phase préparatoire de l'opération, dans le seul but de rendre imperceptible au patient la piqûre intraveineuse qui débutait la véritable anesthésie par administration de penthotal additionné de flaxedil ou de gallamine, ne saurait constituer une faute, la prudence la plus élémentaire commandait non seulement d'enlever l'obus de cyclopropane de l'appareil d'anesthésie, mais de le sortir de la salle d'opération avant le début de la phase opératoire.
>
> Il apparaît vain et inutile de rechercher si le gaz est parvenu en cours d'opération dans les voies respiratoires de l'opéré fortuitement comme le soutient le prévenu, ou par suite de nouvelles fautes de ce dernier, comme le pensent les experts (administration de cyclopropane en cours d'opération ou utilisation de matériel inadéquat).
>
> Il suffit au Tribunal de constater que non seulement l'anesthésiste n'a pas pris le maximum de précautions possibles pour conserver la vie et la santé de l'opéré, mais qu'en négligeant d'écarter l'obus du cyclopropane de la salle d'opération dès que sa présence n'était plus utile, en tout cas avant le début de la phase opératoire, il a commis une faute lourde en relation directe de cause à effet avec l'explosion qui a provoqué la mort du patient. »

I) Lésions du pharynx ou des cordes vocales

Un patient reprochait à son anesthésiste une lésion du pharynx due à l'introduction d'un laryngoscope à l'aveugle, en raison d'indications cliniques.

L'expert établit qu'un tel incident était imprévisible chez un malade normal et qu'il était impossible, en l'espèce, d'introduire le laryngoscope et, par conséquent le tube, autrement qu'à l'aveugle. En outre, l'intubation était d'une nécessité vitale pour le patient.

(146) Gaz.Pal. 1964.I.166.

Dans le même sens, Cass.civ. 1er avril 1968, JCP 1968.II.15547: « Quand l'appareil utilisé insuffle au malade, au lieu d'un gaz anesthésiant, le produit embrasé d'une explosion, le résultat que le patient était en droit d'attendre n'est pas contractuellement obtenu... »

Cour d'Appel de Bruxelles, 7 janvier 1952, arrêt cité par DE VILLE DE GOYET, p. 25.

Cass.crim. 9 mai 1956, JCP 1956.II.9435, note R. SAVATIER.

Le tribunal (147) acquitta l'anesthésiste considérant qu'il s'agissait « d'un cas fortuit malheureux comme on en rencontre en chirurgie ou en médecine, qui enseignent aux meilleurs médecins ou chirurgiens que l'homme n'est pas une mécanique et qu'ils ne doivent envisager qu'avec prudence certaines opérations ».

J) La pratique simultanée d'anesthésies par un seul et même anesthésiste

DE VILLE DE GOYET (148) estime qu'un anesthésiste ne doit pas pratiquer simultanément deux ou tros anesthésies générales pour des opérations importantes qui ont été programmées dès la veille ou même avant; en effet, l'anesthésiste ne peut porter une attention soutenue que sur un seul patient à la fois. Même s'il s'agit d'une même clinique, la pratique habituelle et systématique de l'anesthésie simultanée n'est pas concevable, surtout si elle relève de l'esprit de lucre. Il faut cependant tenir compte de la pénurie involontaire d'anesthésistes dans certaines régions, pénurie qui doit permettre à un anesthésiste, aidé d'auxiliaires avertis, de surveiller plusieurs anesthésies simultanément, étant entendu qu'il peut intervenir à tout moment et qu'il en garde ainsi le contrôle efficace et constant.

K) Accidents divers n'ayant pas donné lieu à un arrêt topique

Il existe encore de nombreux autres genres d'accidents d'anesthésie. Nous nous bornerons ici à en énumérer quelques-uns (149):

1) Bris de dents naturelles ou de prothèses fixes lors de l'intubation. Bien que cet accident n'implique généralement pas une faute de l'anesthésiste (surtout lorsque l'intubation est difficile), les assurances paient souvent une indemnité au patient par gain de paix et vu le faible montant du dommage (150).
2) Mauvais branchement des gaz par suite d'une erreur d'un ouvrier (inversion des canalisations).
3) Panne de courant de secteur et appareil d'anesthésie non branché sur le bloc électrogène.
4) Confusion des bombonnes de gaz.
5) Sonde endotrachéale coudée, ballonnet crevé.

(147) Trib.civ. de la Seine, 29 janvier 1957, dans La Presse Médicale, 27 avril 1957.

KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 803-804, rappelle que l'anesthésiste doit vérifier que le patient n'ait rien dans la bouche et ne risque pas de s'étouffer en avalant notamment un appareil de prothèse dentaire mobile. Le fait s'est produit plusieurs fois, notamment avec une suite fatale. Si l'anesthésiste n'a pas eu l'occasion de poser la question au malade, il lui est facile de vérifier la présence d'un tel appareil par un examen rapide de la bouche pendant l'induction. Cette obligation appartient exclusivement à l'anesthésiste et non au chirurgien (c'est un acte détachable de l'acte opératoire).

(148) Pp. 23-24. L'auteur cite en outre un arrêt du Tribunal civil de Bruxelles du 28 janvier 1961.

Cf. aussi Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial: La responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), p. 368.

(149) FROGE, pp. 113-121.

(150) DE VILLE DE GOYET, p. 25.

6) Mise en place incorrecte de la sonde d'intubation:
— dans l'œsophage au lieu de la trachée,
— dans la bronche droite (atélectasie du poumon gauche),
— perforation de la trachée, de l'œsophage ou du médiastin.
7) Obstruction de la sonde d'intubation ou des bronches par un corps étranger (dents, etc.).
8) Brûlures provoquées par le liquide de désinfection sur la plaque de prise de terre du bistouri électrique.
9) Traumatisme des lèvres, des dents ou de la trachée dû au laryngoscope.

Section 6. Fautes ou erreurs classiques du chirurgien (151)

A) **Généralités**

Il serait fastidieux de dresser un catalogue complet de tous les actes chirurgicaux considérés comme fautifs par les tribunaux. La chirurgie, plus que l'anesthésiologie, « échappe presque complètement à l'analyse juridique, car il n'y a pas de criterium universellement valable » (152). Nous pourrons cependant donner quelques exemples, entre bien d'autres espèces, où la responsabilité du chirurgien a été retenue.

Mais au préalable, nous relèverons que la responsabilité du chirurgien ne diffère pas essentiellement de la responsabilité civile du médecin en général, telle que nous l'avons étudiée dans la première partie de notre ouvrage. Ainsi, « le chirurgien choisit librement la méthode opératoire qu'il croit la plus convenable sauf, ici encore, à ne pas s'écarter de règles classiques (règles de l'art), si l'intérêt du malade ne commande pas une telle dérogation » (153). En outre, les juges admettent parfaitement la notion de risque inhérent à l'acte opératoire. Le Tribunal fédéral l'a du reste souligné de la manière suivante (154):

> « Dans le domaine chirurgical, le juge doit se montrer particulièrement circonspect. La chirurgie comporte nécessairement une certaine hardiesse, une certaine acceptation du risque, L'opération est en soi un mal destiné à éviter un mal plus considérable. Condamner sans examen plus approfondi un chirurgien parce qu'il a décidé d'opérer alors que l'intervention ne s'imposait peut-être pas ou parce qu'il a commis une erreur de technique opératoire pourrait avoir pour conséquence d'empêcher les chirurgiens d'intervenir dans les cas douteux, leur abstention pût-elle être fatale au patient. Le chirurgien doit jouir d'une grande liberté d'appréciation dans sa décision sur l'opportunité d'opérer et dans le choix de la technique opératoire. La même retenue du

(151) Cf. KORNPROBST, pp. 819-820; LOEFFLER, pp. 90 ss.; « Is technical dexterity style important in modern surgery? », dans Israel Journal of Medical sciences, vol. 9, N° 1, pp. 3-5.
Cf. aussi RO 18, pp. 340 ss.; RO 30 II 308; RO 62 II 275; RO 64 II 234; RO 67 II 23.
Concernant les fractures et luxations: cf. KORNPROBST, pp. 685-691; la radiologie: DEROBOERT, pp. 311-312; l'obstétrique: KORNPROBST, pp. 693-717.
(152) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 319.
(153) SAVATIER, Traité, p. 266.
(154) RO 70 II 207.

juge se justifie lorsqu'au cours d'une opération survient un accident en quelque sorte manuel. Chacun peut faire un faux mouvement ou un un geste maladroit. La main du chirurgien n'est pas infaillible, ni son œil. Il peut donc lui arriver que son scalpel glisse et atteigne un organe vital ou que quelque chose échappe à sa vue. »

En France, la Cour de Cassation, dans un arrêt du 26 janvier 1970 (155), a également admis le risque inhérent à l'acte chirurgical: Un patient, blessé à un doigt par une aiguille dont une partie était restée à l'intérieur, a constaté que sa main était partiellement paralysée à la suite de l'opération destinée à ôter le corps étranger. La Cour a suivi l'avis des experts, déclarant qu'« une telle intervention, toujours difficile, ne comportait d'autre alternative que de poursuivre les recherches ou d'abandonner le corps étranger avec tous les inconvénients d'une telle attitude ». Le médecin qui a prescrit l'opération ne saurait, selon le Tribunal, être tenu pour responsable de l'incapacité fonctionnelle consécutive à l'intervention, cette « incapacité (étant) due sans doute à cette part d'aléa inhérente à tout acte chirurgical ».

En revanche, les tribunaux se montrent volontiers sévères quand le praticien n'a pas agi avec les précautions particulières que la difficulté d'un cas rendait indispensables et qu'il n'a pas respecté les règles de l'art.

Le Tribunal fédéral l'a relevé de manière très nette dans l'arrêt que nous avons déjà cité plus haut (156):

« La situation est tout autre quand le dommage n'est pas la conséquence d'une méprise ou d'une maladresse excusable, parce qu'inhérentes à la faillibilité humaine, mais d'un manquement impardonnable aux règles de l'art. Aussi, lors de son intervention, le chirurgien est-il tenu de prendre toutes les précautions commandées par la technique opératoire et par les circonstances du cas pour réduire le plus possible les dangers de l'opération. On est en droit d'exiger de lui une attention particulière puisque les suites d'une négligence peuvent être les plus graves. »

Dans la même optique, la Cour de Cassation, le 28 octobre 1970 (157), a condamné un chirurgien qui, au cours de l'opération d'une hernie inguino-scrotale, avait perforé l'artère fémorale droite du patient en recousant les tissus. Afin d'arrêter l'hémorragie, le praticien avait alors posé des pinces hémostatiques sur l'artère; une de ces pinces lésa le nerf crural, entraînant ainsi une incapacité partielle de la jambe du malade.

Constatant qu'il existait une relation de causalité entre la lésion de l'artère fémorale et celle du nerf crural ayant entraîné la paralysie partielle, la Cour a déclaré:

(155) Bull. cass. 1970-I, N° 34, p. 28; dans le même sens, BOYER CHAMMARD, p. 43 (sectionnement accidentel d'un nerf facial au cours d'une opération: Conseil d'Etat français, 21 mars 1969, c.H. Montpellier.)

(156) Cf. arrêt cité, supra, note 154.

(157) Bull. cass. 1970.I. N° 283, p. 232.

«Considérant que s'il est vrai que les risques de perforation artérielle étaient, en l'espèce, aggravés par la maigreur du patient, l'importance de la hernie et la présence d'adhérences fibreuses très serrées, de pareils risques étaient cependant prévisibles;
que les experts ont d'ailleurs indiqué: «Cet accident est tout de même assez connu pour qu'il soit mentionné dans les traités les plus récents...; évidemment, dans ces traités, on met en garde le chirurgien contre de tels accidents»;qu'en l'espèce, il apparaît que la perforation de l'artère aurait pu être évitée si le chirurgien avait procédé, avec les précautions particulières, que la difficulté du cas rendait indispensables;
qu'il est recommandé, ainsi que les experts le rappellent, de soulever l'arcade crurale avec des pinces, pour la détacher du plan vasculaire sous-jacent, avant de perforer avec l'aiguille de Reverdin;
que si la séparation ainsi préconisée avait été pratiquée en l'espèce (ce qui n'est pas allégué), les risques d'accident eussent été considérablement diminués, que dans ces conditions, le fait pour le Dr X., d'avoir montré après l'accident opératoire, un grand sang-froid et une particulière adresse dans le traitement de l'hémorragie, ne permet pas de dire que l'accident lui-même était inévitable, quelle que fût l'habileté du chirurgien...»

B) **L'examen et les soins pré-opératoires** (158)

Si, aux yeux du profane, la fonction essentielle du chirurgien consiste à opérer son patient, sa mission ne s'arrête pas là; son rôle ne peut se borner à ce geste purement manuel. «Le chirurgien a des obligations pendant l'opération, mais il en a également avant et après.»

Avant d'opérer, le chirurgien doit prendre toutes les précautions prévues par l'usage et dictées par la prudence (159):

— Il doit consulter le dossier du malade et se mettre éventuellement en relation avec le médecin-traitant (160).

— Il s'informera des traitements ou des maladies antérieurs susceptibles de provoquer chez le patient des réactions déconseillant l'intervention ou appelant des précautions particulières (161).

— «A ce stade d'information doit succéder un stade de préparation physiologique, où le chirurgien s'assure personnellement que le malade a été mis dans l'état le plus convenable pour l'opération» (162).

— Quand il y a lieu, la préparation physiologique doit s'accompagner d'une préparation morale et psychologique (163).

(158) Cf., supra, dans le même chapitre, section 5, litt. B, concernant la visite pré-opératoire et la prémédication par l'anesthésiste; Voir aussi supra, p. 312.

(159) BOYER CHAMMARD. p. 160.

(160) Paris, 22 février 1943, arrêt cité par SAVATIER, Traité, p. 264; cf. aussi Trib. Seine, 25 janvier 1949, Gaz. Pal. 1949.1.217.

(161) SAVATIER, Traité, p. 264, ainsi que la jurisprudence citée par l'auteur aux notes 124-125.

(162) SAVATIER, Traité, pp. 264-265. L'auteur indique à juste titre à la note 126 qu'il s'agit de soins hospitaliers qui peuvent en général être délégués au personnel de la clinique.

(163) SAVATIER, Traité, p. 275.

Dans la mesure où il ne dispose pas des renseignements nécessaires, le chirurgien est tenu de se procurer les données complémentaires, quitte à ajourner l'opération si elle ne présente pas un caractère d'urgence absolue (164).

Voici trois exemples tirés de la jurisprudence qui illustreront ce qui précède :

1) Un patient décéda d'une crise d'urémie survenue quelques jours après une opération d'appendicite. Le chirurgien avait posé un diagnostic correct ; la technique opératoire et les soins post-opératoires étaient conformes aux règles de l'art. La Cour d'Appel d'Aix, dans un arrêt du 12 octobre 1967 (165), a cependant estimé que la responsabilité du médecin était engagée. La Cour de Cassation (166) a confirmé le jugement de la Cour d'Appel reprochant au chirurgien d'avoir décidé l'intervention après avoir vu le patient une seule fois alors qu'aucune urgence n'imposait l'opération immédiate. Le recours aux examens pré-opératoires, normalement pratiqués dans un pareil cas (azotémie, glycémie, etc.), eût été très utile puisqu'ils auraient sans doute permis, selon la Cour, de déceler une tendance à l'urémie. Le Tribunal, avec une sévérité à notre avis excessive, a retenu la responsabilité du praticien qui « n'avait pas dispensé au patient les soins attentifs qu'on est en droit d'attendre d'un spécialiste ».

2) Dans un autre cas d'appendicectomie, la Cour de Cassation, le 3 février 1969 (167), a en revanche écarté la responsabilité du chirurgien.

Un malade atteint d'une appendicite aiguë entra un matin dans une clinique où il fut opéré d'urgence vers 11 heures ; le lendemain, le chirurgien dut pratiquer une seconde intervention, mais le malade décéda 24 heures plus tard. Sa veuve assigna le chirurgien et l'anesthésiste en soutenant qu'ils avaient commis des négligences dans la préparation et la conduite de l'opération, notamment en ce qui concerne le fait que celle-ci avait été pratiquée sans qu'aucune analyse n'eût été effectuée par le chirurgien.

La Cour a estimé que « s'agissant d'une opération simple, non choquante, chez un sujet jeune, sans tares pathologiques antérieures avouées par le malade ou signalées par son médecin-traitant qui assistait à l'intervention, il n'était pas d'usage de faire pratiquer un bilan humoral et, en l'espèce, le risque de surseoir dépassait de beaucoup l'intérêt d'établir un tel bilan ».

3) Un praticien opéra une femme d'une grossesse extra-utérine. L'opération proprement dite réussit parfaitement. Le chirurgien n'avait toutefois pas tenu compte du fait que la patiente était atteinte d'une ankylose du genou. Alors que l'opérée était déjà endormie, le praticien donna l'ordre d'élever mécaniquement différentes parties de la table d'opération. Cette manœuvre, d'ailleurs très mal

(164) SAVATIER, Traité, p. 264 ainsi que la jurisprudence citée par l'auteur à la note 118. BOYER CHAMMARD, p. 160.

(165) JCP 1970.16421.

Dans le même sens (malade décédé après avoir été opéré avec précipitation, sans examens cliniques ni biologiques pré-opératoires), Trib.Gd.Inst. d'Arras, 23 octobre 1970, non publié, cité par DEROBERT, p. 290.

(166) Cass. civ. 18 mars 1969, JCP 1970.16422.

(167) Cass. civ. 3 février 1969, JCP 1969.4.71.

effectuée par l'infirmière, eut pour effet de provoquer la fracture de la jambe gauche de la patiente (attachée à la table) qui n'a pu fléchir en raison de cette ankylose. De son aveu, le chirurgien n'avait pas examiné au préalable complètement sa patiente et il était dans l'ignorance de l'infirmité dont elle souffrait.

La Cour de Cassation, le 21 juillet 1947 (168), a condamné le chirurgien pour les motifs suivants:

— Un chirurgien chargé d'opérer un patient pour un mal bien déterminé est dans l'obligation d'examiner complètement ce patient pour voir s'il n'aurait pas dans une autre partie du corps une infirmité ou une lésion qui lui ferait courir un risque supplémentaire au cours de l'intervention.

« Un malade constitue en effet un tout indivisible et le chirurgien prend la responsabilité de la personne totale bien que son intervention n'intéresse qu'une partie de celle-ci. »

— Ce n'est pas au malade, ni à son entourage, à faire part au médecin des infirmités qui peuvent gêner l'opération ou exposer le patient à certains dangers n'ayant avec elle qu'un rapport indirect.

— « Il incombe au chirurgien, avant l'opération, d'examiner l'état du malade non seulement au point de vue de l'affection locale qu'il doit traiter, mais encore au point de vue de toutes les conditions même mécaniques que comporte l'intervention, qui l'entourent et rentrent dans la seule compétence du praticien, à l'attention et à la vigilance duquel le patient s'était confié. »

C) Erreur sur la personne à opérer

DE VILLE DE GOYET (169) relate le cas suivant qui fut jugé par le Tribunal correctionnel de Bruxelles le 11 décembre 1963: « Un anesthésiste fut rendu responsable d'une confusion de malades. La vessie de S... fut ouverte alors que la patiente avait été hospitalisée la veille pour une extraction dentaire. Le Tribunal admit que dame S... était déjà sous les champs et anesthésiée. La différence d'âge et de corpulence entre dame S... et dame D... ne devait pas nécessairement attirer l'attention du chirurgien, surtout que la patiente était déjà endormie et de plus en position de Trendelenburg. Le juge montra cependant une certaine hésitation, d'une part lorsqu'il précisa les raisons de l'acquittement de l'assistant (dont il rappela par ailleurs qu'il est le préposé du chirurgien au sens de l'art. 1384 du Code Civil) qui avait placé les champs opératoires et, d'autre part, lorsqu'il rappela que le chirurgien avait eu une conversation avec la dame S..., sa

(168) Cass. req. 21 juillet 1947, D.1947.486.

Cf. aussi « Médecine et Hygiène », N° 1052 du 11 avril 1973, p. 645: « Le chirurgien doit s'intéresser à l'homme malade et pas seulement à l'acte opératoire. Ainsi, à l'intervention finale, centre privilégié de son activité, le chirurgien substitue la notion plus complète de maladie dans laquelle l'opération est certes un moyen thérapeutique important, mais pas exclusif (...) L'opérateur étend donc la notion de guérison chirurgicale non seulement au succès technique de l'opération en tant que telle, mais aussi au retour à l'équilibre physique et psychique de l'opéré qui a été perturbé à la fois par l'affection dont il souffrait et par l'agression de l'acte opératoire lui-même. »

Voir encore, dans le même sens, Cass. 31 mai 1960, D.1960.571.

(169) Pp. 9, 10 et 28. Voir aussi MALHERBE, p. 80; BOYER CHAMMARD, p. 155.

malade, dans le couloir conduisant à la salle d'opération et que, par cette conversation, il avait accompli l'obligation qu'il avait de reconnaître sa malade.»

Le Tribunal estima que la confusion de malades était due à la mauvaise organisation du service d'anesthésie.

Les juges ont tendance à mettre de plus en plus en cause l'organisation d'un service alors qu'un accident est imputable à l'intervention du chirurgien. Ce dernier doit contrôler constamment, à partir de la salle de préparation (surtout grâce à une paroi vitrée) l'installation du malade sur la table d'opération — dont il répond — ainsi que le placement des champs opératoires par son assistant ou par les auxiliaires de salle.

D) Erreur sur l'organe à opérer

1) Lors d'une opération du goître, un chirurgien genevois ligatura par erreur l'artère carotidienne au lieu de l'artère thyroïdienne. Le défendeur était un praticien expérimenté et adroit, chef-adjoint d'une clinique chirurgicale universitaire. La demanderesse ne reprochait pas au chirurgien d'ignorer les règles de l'art ou la technique opératoire du goître mais, avec raison, «d'avoir ligaturé une artère sans être absolument sûr qu'il s'agissait bien de la thyroïdienne et d'elle seule».

Le Tribunal fédéral (170) a admis l'action de la patiente en ces termes:

> «Dans une intervention sanglante, le chirurgien doit s'assurer que son scalpel atteint bien l'organe voulu et n'atteint que cet organe. Son souci primordial doit être de s'orienter dans le champ opératoire et dans la complexité des tissus et des vaisseaux, de trouver des repères lui permettant d'être certain d'avoir identifié l'organe à opérer. Si, au moment de procéder à l'ablation ou la ligature, il n'a pas cette certitude, il doit s'arrêter et s'assurer qu'il ne se trompe pas, en vérifiant les repères notés ou en en cherchant d'autres. Et si, néanmoins, il n'y parvient pas, il a le devoir de surseoir à l'opération, sauf peut-être dans des cas désespérés ne souffrant aucun délai, où il faut risquer le tout pour le tout. Ne pas considérer — sauf dans des circonstances exceptionnelles — comme une faute l'erreur d'orientation «au cours d'une intervention ou plus précisément l'erreur d'identification de l'organe au moment où il est sacrifié, serait diminuer outre mesure la responsabilité professionnelle du chirurgien. La personne qui se confie à lui doit pouvoir compter sur sa vigilance scrupuleuse et avoir l'assurance qu'il interviendra là où il faut intervenir et pas ailleurs.
> En l'espèce, l'identification de l'artère thyroïdienne présentait sans doute quelque difficulté, mais il n'y avait rien d'exceptionnel ni d'anormal dans le cas de la demanderesse... L'opération du goître est du reste très fréquente... la littérature médicale range la ligature de l'artère thyroïdienne intérieure parmi les ligatures profondes les plus faciles qui soient. Si donc, comme cela est acquis au débat, le chirurgien se trompe et lie la carotide, à savoir une artère essentielle de la tête, on peut en inférer qu'il n'a pas pris les précautions voulues pour identifier l'artère à ligaturer... Dans ce cas le fardeau de la preuve se déplace et la présomption de négligence qui pèse sur le défendeur ne peut être détruite que s'il établit que, vu les circonstances particulières du cas, sa

(170) RO 70 II 207; GAUTSCHI, p. 180.

méprise ne lui est pas imputable à faute. En effet, cette opération est courante et elle n'offrait, dans le cas présent, pas de difficultés ni de complications spéciales. Le chirurgien n'avait fait qu'une incision de 4 cm., ce qui en soi n'implique aucune faute. Mais, vu l'erreur commise, on peut déduire qu'avant de ligaturer l'artère qu'il croyait être la thyroïdienne, le défendeur n'a pas fait le nécessaire pour l'identifier de manière certaine. Il aurait pu à cet effet prolonger l'incision et agrandir de la sorte le champ opératoire et, par là même, celui de ses investigations; il aurait aussi pu recommencer son orientation, quitte à faire durer l'opération quelques heures de plus. Et cette précaution eût été d'autant plus justifiée que, selon les experts, le tubercule de Chassaignac était en l'occurrence un «repère très peu sûr».
Les experts déclarent que l'artère réclinée par l'écarteur peut, dans certains cas, glisser sous cet instrument tenu par l'assistant sans que celui-ci s'en aperçoive; mais on ignore si cette hypothèse est réalisée en l'espèce et, le serait-elle, que la responsabilité du chirurgien ne s'en trouverait guère atténuée, car le risque de pareils accidents rend d'autant plus indispensable pour l'opérant de s'assurer, avant de procéder à l'acte définitif et grave de la ligature, qu'il atteint l'artère thyroïdienne et non la carotide.
Tout bien considéré, il ne s'agit donc pas d'un accident opératoire dû à une maladresse excusable, mais d'une négligence du défendeur par laquelle il a engagé sa responsabilité.»

2) La Cour civile d'un tribunal cantonal suisse a jugé le cas suivant, le 9 février 1972:

Depuis son mariage, X... éprouvait des difficultés dans ses rapports sexuels qui étaient douloureux. Il consulta un chirurgien, le Dr Y... Avec l'accord du patient, le médecin décida de pratiquer une section de frein (circoncision). La secrétaire du chirurgien fixa, comme cela se faisait habituellement, la date de l'opération avec le service de réservation de la clinique Z...; elle indiqua en outre le genre d'intervention que devait subir X... Par suite d'une méprise, l'employée de la clinique transcrivit la mention «vasectomie» (stérilisation masculine) dans le livre de réservation au lieu de celle de «section de frein». L'erreur fut naturellement reportée dans le livre destiné à la salle d'opération de la clinique.

Le jour de l'opération, ne consultant que le livre d'opération et non pas son propre dossier, le chirurgien, qui y avait lu «vasectomie», procéda dont à la stérilisation du patient. De retour dans son cabinet après l'intervention, le médecin se rendit compte de son erreur. Il retourna immédiatement à la clinique où il opéra une deuxième fois X... (après l'avoir informé de l'erreur commise) pour tenter l'anastomose des canaux déférents, puis pour le circoncire. Des examens ultérieurs du sperme de X... en laboratoire montrèrent que les conséquences de la vasectomie étaient irréversibles et confirmèrent la stérilité du malheureux patient.

X... actionna alors le Docteur Y en dommages-intérêts. La Cour civile a statué comme suit, en droit:

«En rendant le demandeur stérile, le défendeur a commis un acte illicite au sens de l'art. 41 CO; subsidiairement, sa responsabilité peut s'apprécier au regard des dispositions sur la faute contractuelle (art. 97 CO) dans le cadre du

mandat (art. 394 et ss CO). S'agissant des conséquences de lésions corporelles, le droit du demandeur à une réparation morale doit s'apprécier au regard de l'art. 47 CO, à l'exclusion de l'art. 49 CO.
Pour déterminer la quotité de la réparation morale dès lors due en principe, il faut considérer toutes les circonstances du cas d'espèce, en premier lieu, la gravité des fautes commises.

a) « Se fondant sur l'inscription portée au livre des opérations, le défendeur a entrepris une intervention aux conséquences très sérieuses et définitives. A dire d'expert — que la Cour fait sien — une vasectomie ne s'effectue que pour autant que le praticien ait conféré avec le patient sur la portée de l'opération ; celle-ci ne saurait avoir lieu sans que le médecin ait étudié le cas particulier (circonstances familiales), constitué un dossier, discuté, le cas échéant, avec l'épouse du patient et fait signer une décharge. De telles précautions sont indispensables, s'agissant de rendre stérile un homme jeune encore. Or, le praticien qui prend de telles précautions ne court pas le risque de procéder à une vasectomie sur un patient qu'il n'a vu que deux fois, sans examen particulier. L'erreur commise par la clinique a certes induit le médecin en erreur ; mais, en lisant l'inscription « vasectomie », le défendeur aurait dû remarquer que son patient n'avait pas fait l'objet de l'examen nécessaire avant une telle intervention. Il s'ensuit que la faute commise par le défendeur doit être qualifiée de grave au sens où la jurisprudence l'entend ; il s'agit là d'un mépris d'une règle élémentaire de l'art de soigner qui s'imposait à tout praticien se trouvant dans une situation semblable ».
b) Le demandeur n'a pas commis de faute concurrente et s'est comporté comme il lui avait été prescrit. D'un autre côté, les époux X... ont déjà un fils et ne restent donc pas sans descendance ; s'il demeure vrai qu'ils sont déçus dans l'espoir d'avoir encore un, voire deux enfants, ils sont moins affectés que s'ils n'avaient point encore de descendance.
Le demandeur n'a pas non plus souffert outre mesure, sur le plan psychique, des conséquences de la vasectomie, intervention qui ne le gêne pas dans ses rapports sexuels.
Il est établi que les époux ne sont plus des catholiques pratiquants et le demandeur n'est pas gravement affecté dans ses convictions religieuses.
Quant à l'épouse du demandeur, elle a été plus touchée que son mari par l'événement ; elle ne serait toutefois pas fondée à prétendre à quelque indemnité que ce soit sur le plan de l'art. 47 CO ; aussi bien ne s'est-elle pas portée demanderesse au procès. Mais le mari peut faire état du préjudice moral qu'il ressent, lui, par la plus grande nervosité de sa femme.
Enfin, les parties ont invoqué la situation financière des époux pour établir la possibilité, l'avantage ou le désavantage d'avoir d'autres enfants. Ces arguments sont trop hasardeux pour être pris en considération. »
« Une faute a été commise, d'autre part, par quelqu'un appartenant au personnel de la clinique, cette faute ayant consisté dans l'erreur de transcription de l'intervention chirurgicale. Il est improbable que le défendeur réponde des actes des employés de la clinique qui ne paraissent pas avoir été ses auxiliaires. Mais la question peut rester indécise. Le dommage a été causé par les actes illicites de deux personnes qui n'avaient pas agi en commun et qui répondent selon les

règles (art. 51 CO) de la solidarité imparfaite. Le défendeur ne saurait se libérer, même partiellement, de son obligation de réparer le tort causé, en excipant de la faute d'un tiers.
Tenant compte des éléments d'appréciation relevés jusqu'ici, la Cour fixe l'indemnité à allouer au demandeur à Fr. Fr. 15 000.—. L'assureur du demandeur ayant versé Fr. 10 000.— à X..., le défendeur doit encore Fr. 5000.—, avec intérêts à 5 % l'an dès le 21 juillet 1969».

A notre avis, le chirurgien pose lui-même l'indication chirurgicale consécutive à l'examen clinique de son malade et il en est *entièrement et seul* responsable. Il nous paraît impensable de rejeter même une petite partie de cette responsabilité primordiale du médecin sur un personnel de réservation ou de réception d'une clinique, non compétent dans ce domaine. Un médecin consciencieux n'a pas à être influencé par des documents émanant d'employés administratifs non spécialisés sur le plan médical et qui n'ont pour tâche que de procéder à la réservation des chambres et de la salle d'opération.

Si la mémoire du chirurgien n'est pas sûre, il ne doit faire confiance qu'à son propre dossier qu'il doit alors consulter. Dans cette affaire, la faute incontestable d'un tiers (personnel de la clinique) est sans commune mesure avec celle du praticien. Cette disproportion même nous fait penser que la Cour civile a eu tort de laisser entrevoir qu'une action récursoire du chirurgien contre la clinique pouvait, à la limite, être envisagée en se fondant sur l'art. 51 CO (solidarité imparfaite).

3) La jurisprudence contient encore de nombreux autres cas, notamment celui où, faute d'un examen sérieux du dossier de son malade, un chirurgien opère la hanche droite au lieu de la gauche (171), la canine gauche au lieu de la droite (172), le poignet gauche au lieu du poignet droit (173); enfin, LOMBARD (174) signale le cas d'un médecin français qui confondit l'utérus de sa patiente avec une tumeur.

E) L'oubli de corps étrangers (175)

L'oubli de compresses ou d'instruments chirurgicaux à l'intérieur de la plaie par l'opérateur est une faute classique qui fait l'objet de nombreuses décisions judiciaires et qui est appréciée selon les règles générales de la responsabilité médicale (176).

(171) Trib. civ. Seine, 25 janvier 1949, Gaz.Pal. 1949.I.217.
(172) SAVATIER, Traité, p. 294, note 49; cf. aussi LOEFFLER, p. 92, note 63.
(173) BOYER CHAMMARD, pp. 158-159.
(174) LOMBARD, p. 38.
(175) SAVATIER, pp. 265-266; BOYER CHAMMARD, pp. 157-158; KOENIG, pp. 74-77; NEGRE, pp. 32-33; EBERMAYER, p. 51.
(176) Paris, 10 janvier 1912, Gaz.Pal. 1912.2.25; Trib.civ. Seine, 17 février 1931, arrêt cité par KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 623; Cour d'Amiens, 16 juillet 1931, Gaz.Pal. 1931.2.773; Cass.civ. 11 janvier 1932, D.H. 1932.131; Besançon, 11 juillet 1932, Gaz.Pal. 1932.2.694; Trib.civ. Etampes, 16 mai 1933, Gaz.Pal. 1933.2.615; Paris, 29 octobre 1934, Gaz.Pal. 1934.2.905; Bordeaux,

L'oubli d'un corps étranger peut paraître, de prime abord, l'exemple type, la preuve certaine de l'une de ces maladresses impardonnables, d'une de ces négligences grossières engageant la responsabilité du chirurgien. En fait, il faut analyser chaque cas d'espèce, ainsi que le font les arrêts plus récents de la jurisprudence et considérer que tels accidents, le plus souvent explicables, sinon excusables, peuvent survenir aux chirurgiens les plus habiles au cours d'une opération particulièrement longue, délicate ou sanglante: les juges doivent donc se montrer prudents et nuancés (177).

La jurisprudence a estimé cependant que le chirurgien devait prendre certaines précautions s'il voulait dégager sa responsabilité dans ces cas:

1) « Le chirurgien a l'obligation de compter les instruments et les compresses avant et après l'opération. Si les tribunaux n'exigent pas que l'opérateur procède lui-même à ce décompte et s'ils admettent qu'il délègue ce travail à l'instrumentiste, ils font cependant un devoir au praticien de rendre attentifs ses auxiliaires, de les instruire par des directives claires et de les contrôler de temps en temps par des tests ou des sondages (178). »

23 mars 1939, Gaz.Pal. 1939.1.980; Paris, 16 janvier 1950, D. 1950.169; Paris, 15 mai 1956, JCP 1956.IV.134; Paris, 7 octobre 1957, D. 1957.271; Cass., 6 mai 1959; Cass. civ., 26 janvier 1972, JCP 1972.IV.60.

ROSENSTIEL, FJS 846, p. 5, note 33; BOYER CHAMMARD, p. 43, note 34; KOHLHAAS, pp. 544-547.

RO 30 II 304: Lors de l'opération d'un goître, le chirurgien ou son assistant laissa par inadvertance un tampon dans la plaie. Le TF avait estimé qu'il y avait eu manque de diligence. « Pareils faits ne doivent pas se produire et ne se produisent pas si le praticien ou ses auxiliaires font preuve de l'attention voulue. » Le patient ne doit pas supporter ce risque de négligence dont il incombait à l'opérateur de se disculper. Un tel oubli fait présumer une faute de l'opérateur ou de ses assistants.

Zurich, Obergericht, II.StrK., 13 février 1970 (BIZR 1972, N° 110, p. 329): « Le chirurgien qui, lors d'une opération, oublie un tampon d'ouate dans une blessure, se rend toujours coupable d'une légère négligence. »

(177) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 117; du même auteur, Le contrat de soins, N° 322 et 323; BOYER CHAMMARD, pp. 157-158; LOEFFLER, pp. 93-94; R. GUEYFFIER, « Le chirurgien et la compresse oubliée », dans Bulletin officiel du Syndicat des Médecins du Rhône et du groupement des syndicats médicaux de la région lyonnaise, septembre 1937, pp. 502 ss.; LOMBARD, p. 39.

Cf. KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 823; FOVEAU de COURMELLES, « De la responsabilité médicale », dans La Vie Médicale, 10 novembre 1933, p. 960: « Le Prof. J.L. FAURE, ayant fait assister un magistrat judiciaire de haut rang à quelques opérations difficiles, le juge s'étonna qu'un chirurgien pût n'oublier ni compresse ni pince, en particulier, en cas d'hémorragie importante ».

(178) LOMBARD, p. 39.

BOYER CHAMMARD, p. 58: Le 21 février 1957, les juges de Grenoble ont précisé que « l'oubli d'une pince hémostatique dans l'abdomen d'un opéré constitue une faute..., le chirurgien ayant l'obligation de compter ses instruments avant et après l'opération et de prendre de façon générale, toutes mesures utiles et efficaces pour éviter cet oubli. »

Paris, 16 avril 1934, Gaz.Pal. 1934.11.10: Le chirurgien doit prendre la précaution simple et élémentaire de « dénombrer avant de les utiliser les compresses et, surtout, les pinces hémostatiques qu'en outre il place à des endroits bien déterminés où il doit donc pouvoir les retrouver facilement. »

Bordeaux, 23 mars 1939, Gaz.Pal. 1939.1.980:

> « Attendu qu'il ne saurait être question, par une sévérité excessive et peu avertie, de méconnaître les durs obstacles que peut, en certaines circonstances, rencontrer le chirurgien;
> (que) dans un drame où se joue la vie du malade il doit accorder toute son attention à ce qui est le danger immédiat pour y parer; (qu') il est donc convenable que la perte

2) Le chirurgien a également l'obligation de retenir les pinces et les compresses avec des fils (179); toutefois, si l'opérateur doit prendre les mesures nécessaires pour éviter tout oubli, c'est à la condition que ce ne soit pas un obstacle qui l'empêche d'accomplir sa tâche (180).

3) Devant la persistance de symptômes alarmants ou anormaux dont se plaint un patient après l'opération, le chirurgien doit effectuer une radiographie, surtout à une époque où un tel procédé de vérification est devenu classique et facile (181).

Le juge doit aussi tenir compte du progrès constant des techniques opératoires et des circonstances particulières dans lesquelles l'opération a eu lieu, circonstances qui peuvent diminuer considérablement, voire exclure la responsabilité du chirurgien (182).

1) «Les tribunaux français tendent à distinguer selon que l'opération s'est déroulée normalement ou avec des complications imprévisibles propres à disperser l'attention du chirurgien et du personnel auxiliaire. L'oubli d'une compresse, inexcusable dans le premier cas, peut ne pas engager la responsabilité du chirurgien dans le second quand les soins chirurgicaux doivent passer avant tout autre (183).»

d'une pince au moment de l'action soit excusable comme étant fortuite ou de force majeure, alors surtout que, comme en l'espèce, l'anesthésie ne pouvait se prolonger sans danger;
Attendu cependant que d'autres devoirs préparatoires et subséquents s'imposent à l'opérateur et à ses assistants ou à ses aides, c'est-à-dire généralement toutes les mesures utiles et efficaces pour éviter l'oubli dans l'estomac d'une pince hémostatique; qu'on en peut concevoir de plusieurs ordres, mais qu'il en est une toute simple et primordiale qui eût consisté dans le dénombrement des pinces avant et après l'opération, à un moment où le chirurgien qui avait autorité sur son personnel n'est pas encore ou n'est plus tout entier tendu vers l'objet capital de son intervention; que ce dénombrement eût révélé l'absence d'une pince ou, révélation plus démonstrative encore, d'une branche seulement de cet instrument, en sorte que le nombre impair de branches de pinces retrouvées ne pouvait pas ne pas attirer l'attention et inciter à une radioscopie qui eût évité à F... les souffrances et les dommages qu'il a subis.»
Dans le même sens, Paris 15 mai 1956, JCP 1956.4.134.

(179) Trib.civ. Seine, 17 février 1931, cité par KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 623. L'auteur estime, à juste titre, que la jurisprudence qui exige du chirurgien «d'attacher chacune de ces mèches au moyen d'un fil puis de relier ces fils à une pince» est trop exigeante.

(180) Paris, 16 avril 1934, Gaz.Pal. 1934.II.10: «On ne peut reprocher au chirurgien de n'avoir pas pris les précautions d'attacher chaque compresse à un fil et d'avoir relié les fils à une pince, lorsqu'un tel procédé, dans un cas particulièrement urgent, était plus nuisible qu'utile.»

(181) Cf. KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 834, note 504; du même auteur, Le contrat de soins, N° 322.

Aix 12 janvier 1954, JCP 1954.II.8040, note R. SAVATIER; cf. aussi Aix, 18 janvier 1955 (non publié), cité par KORNPROBST, loc.cit.

(182) ROSENSTIEL, FJS N° 846, p. 5, note 33; SAVATIER, Traité, p. 266.

L'amélioration des techniques opératoires peut rendre fautif un oubli de corps étranger qui eût été excusable hier encore.

(183) SAVATIER, Traité, p. 266.

2) Les tribunaux admettent que le cas fortuit dégage la responsabilité du chirurgien (184). Le Tribunal civil de la Seine a rendu un jugement dans ce sens le 4 juillet 1939 (185):

> «L'abandon, au cours d'une opération, d'une compresse dans le corps du patient constitue à la charge du praticien une faute dont celui-ci ne peut être exonéré que s'il est établi qu'il avait pris toutes mesures utiles et efficaces, non seulement pour éviter tout oubli, mais encore pour se rendre compte de cet oubli s'il a lieu, et pour pouvoir prendre, en ce cas, les dispositions nécessaires.»

3) La jurisprudence tient également compte, notamment, de l'urgence de l'opération, de la grandeur de la plaie opératoire, de la dimension de certains instruments ou compresses qui peuvent être très petits et inondés de sang (ce qui ne permet plus de les distinguer facilement) pour déterminer si l'oubli du corps étranger constitue une faute du chirurgien ou un cas fortuit (186).

(184) Paris, 16 avril 1934, D.H. 1934.321.

(185) Gaz.Pal. 1940.1.63: Cette jurisprudence est constante. Dans le même sens, Paris 16 avril 1934, Gaz.Pal, 1934.11.10; Paris 15 mai 1956, JCP 1956.IV.134.

Voir aussi Trib. de la Seine, 8 novembre 1934, Gaz.Pal. 1935.1.43: «Ne commet ni une faute ni une négligence le chirurgien qui, au cours d'une opération, laisse une mèche de gaze dans le corps de la patiente, lorsque la rupture de cette mèche est due à une suite de circonstances indépendantes de la volonté comme de la qualité du chirurgien, alors surtout que les précautions exceptionnelles prises par ce praticien, telle que la présence de deux aides, ne pouvaient empêcher cet accident dont il était, de plus, impossible de s'apercevoir.»

(186) Selon KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 828, «il faut considérer bien moins le fait dommageable lui-même que les circonstances qui l'ont précédé ou accompagné», Il faut distinguer entre l'abandon ou l'oubli, qui suppose une négligence, et la perte qui suppose un véritable accident dû à la force majeure. Le chirurgien devra donc prouver que la perte du corps étranger, bien qu'accidentelle et imprévisible, n'aurait pu être évitée par l'un des procédés classiques utilisés jusqu'à ce jour.

Le même auteur, p. 837, note que le juge ne retiendra pas la responsabilité du chirurgien lorsqu'il apparaîtra «que le chirurgien a été à la limite de l'effort, de l'attention et des précautions qui peuvent être humainement requis de lui», l'efficacité de la règle étant fonction de sa souplesse même

LOEFFLER, p. 94: «Wertvolle Anhaltspunkte für die Beurteilung der Verschuldensfrage geben hier insbesondere folgende Tatsachen ab:

1. Schwierigkeit und Dauer der Operation (Auftreten von unvorhersehbaren Komplikationen).
2. Ausdehnung und Sinuosität der Wunde.
3. Grösse des zurückgelassenen Fremdkörpers.
4. Ob solche Ereignisse beim angeschuldigten Arzt öfters vorgekommen sind.
5. Ob die Vernachlässigung gebotener Vorsichtsmassregeln nachzuweisen ist.

(Die Verwendung der bestmöglichen Sicherungsmethode muss gefordert werden)».

RO 30 II 309 (Oubli d'une compresse au cours d'une opération du goître): «Vielmehr ist bei einem solchen Versehen einfach zu fragen, ob bei gehöriger Sorgfalt und Aufmerksamkeit des Arztes der Fehler vermieden worden wäre. Und die gehörige Aufmerksamkeit ist die, welche jeder vorsichtige Mensch und jeder Operateur von normalen Kenntnissen und Fähigkeiten aufwendet, wobei alle Verhältnisse des einzelnen Falles, insbesondere auch die Art und Schwierigkeit der Operation zu berücksichtigen sind.»

Besançon, 11 juillet 1932, Gaz.Pal. 1932.2.694: «Une femme en état de syncope avait été transportée dans une clinique pour y subir, après transfusion de sang, une laparotomie nécessitée par une rupture de grossesse extra-utérine; au cours de cette intervention, urgente et grave, dont dépendait à chaque minute la vie de la malade, une compresse glissa entre les anses; tout étant teinté de

4) La jurisprudence a toujours eu de la peine à admettre que la durée ou la difficulté d'une opération soit une excuse en soi (187). En effet, le perfectionnement des techniques d'anesthésie permet maintenant de prolonger, sans danger pour le patient, l'opération, ce qui donne au chirurgien la possibilité de vérifier sans hâte qu'il n'a rien oublié (188).
5) KORNPROBST (189) note que « le problème n'a jamais été résolu de façon satisfaisante et demeure posé lorsque le corps étranger oublié par un chirurgien est extrait par un autre et que la seconde opération s'avère fatale. Avec une simplification excessive, semble-t-il, la tendance dominante considère que, quels que soient les événements, les circonstances et les soins ultérieurs, l'issue défavorable d'un processus médico-chirurgical consécutif à l'oubli d'une compresse ou d'une pince par un chirurgien n'engage que lui et l'engage *in infinitum* ce qui fait bon marché et la part trop belle au second chirurgien dont la responsabilité devrait toujours être examinée de plus près qu'on ne le fait généralement en pareil cas ».

En conclusion, il appartient au défendeur d'expliquer au Tribunal pourquoi il s'est abstenu de prendre telle précaution jugée indispensable par la littérature médicale ou par la jurisprudence. C'est bien sur ce plan qu'il faut chercher, dans le cas d'oubli de corps étrangers, le critère de la responsabilité du chirurgien (190).

sang, il fut impossible de la retrouver; le chirurgien referma l'abdomen; les experts établirent l'inexistence, en l'état de la science, d'un procédé vraiment efficace pour éviter la perte d'une compresse dans de telles conditions, et la Cour de Besançon, par l'arrêté cité plus haut, débouta les demandeurs. »

Cass. 16 novembre 1965, arrêt cité par BOYER CHAMMARD, p. 158: « De toutes les façons, il faut réserver le cas d'urgence qui peut justifier, par exemple, qu'une aiguille cassée soit abandonnée volontairement sous la couture par l'opérateur si l'état de fatigue de l'opéré le requiert. »

Dans le même sens, Trib.civ. Seine, 4 juillet 1939, Gaz.Pal. 1940.1.63.

(187) Cf. entre autre Paris, 29 octobre 1934, Gaz.Pal. 1934.2.905.

(188) SAVATIER, Traité, p. 266; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 624; du même auteur, Le contrat de soins, N° 323. Celui-ci note qu'ainsi certaines erreurs, hier encore excusables, engageront toujours plus la responsabilité du chirurgien et justifieront un renouveau de rigueur des tribunaux.

(189) Le contrat de soins, N°311.

(190) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 826.

Chapitre III

La chirurgie esthétique (1)

Section 1. Généralités

Bien que la pratique de la chirurgie esthétique soit fort ancienne et remonte à l'Antiquité (2) — la médecine hindoue recourait à certaines techniques bien connues déjà au VI[e] siècle avant J.-C. (3) — elle est « une branche essentiellement nouvelle de la science médicale qui a connu son essor au cours de la première guerre mondiale lorsque furent créés des centres de chirurgie maxillo-faciale pour rétablir la forme de milliers de soldats atteints à la face » (4). Puis, à la fin de la guerre 14-18, des chirurgiens eurent l'idée de mettre leurs expériences au service de la population civile ce qui posa alors un certain nombre de problèmes juridiques (5). La deuxième guerre mondiale et l'augmentation croissante du nombre des accidents de la circulation permirent peu à peu à la chirurgie esthétique de gagner ses lettres de créance et d'être largement admise sous le nom de « thérapeutique de la laideur » (6).

Dans le chapitre consacré au consentement du malade (7), nous avons vu que la seule volonté du patient ne suffisait pas à rendre licite tout acte médical; encore fallait-il, notamment, que l'acte médical visât un but curatif. Or, « le but thérapeutique — sans lequel les interventions chirurgicales seraient considérées, sur le plan juridique, comme des atteintes à l'intégrité corporelle d'autrui — n'a pas été reconnu d'emblée à la chirurgie esthétique » (8).

(1) Sur la chirurgie esthétique en général, cf., entre autres, PLEINDOUX, Chirurgie esthétique et Responsabilité médicale, thèse Lyon 1932; H. PARENT, De la responsabilité des chirurgiens en matière de soins esthétiques, thèse Rennes 1932; H. LALOU, La responsabilité civile, 5[e] éd., 1955, notes 511 ss.; A. PEYTEL, La responsabilité médicale, pp. 169 ss.; PLANIOL, RIPERT et P. ESMEIN, Traité oblig., note 526; H. et L. MAZEAUD, op.cit., notes 1486, 1493 et 1498; P. BOUDIN, Responsabilité et chirurgie esthétique, dans Le Concours Médical, 14 avril 1929; DARTIGUES, Droit à la chirurgie esthétique, dans La Vie Médicale, 25 mars 1929; H. FENIE, De la responsabilité civile en chirurgie thérapeutique et plastique, thèse Toulouse 1930; Prof. DUENING, La chirurgie esthétique, dans La Vie Médicale, 10 avril 1930; G. BAUDRAND, La chirurgie esthétique, thèse Poitiers 1938.

(2) G. BAUDRAND, op.cit., p. 1.

Concernant l'histoire de la chirurgie esthétique, cf. KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 608-610.

(3) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 609. note 4.

(4) PHARAON, p. 121.

(5) Ibid.; cf. aussi LOMBARD, p. 274.

(6) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 263.

(7) Cf., supra, 1[re] partie, chap. III, section 2: « Nécessité et fondement du consentement du patient ».

(8) DEROBERT, p. 292; LOMBARD, pp. 273-274.

Cf. aussi 4[e] partie: Les conditions de l'acte médical licite.

Il est vrai qu'au début de ce siècle un certain nombre de scandales fournirent des arguments aux adversaires de cette discipline (9); aussi, « allant jusqu'au bout de leur logique un peu sommaire », les tribunaux de l'époque en conclurent que le médecin conscient de ses devoirs refusait d'intervenir en cette matière (10).

Section 2. La jurisprudence française de l'entre-deux-guerres

A) Une jeune fille, à la suite d'une épilation du visage par traitement radiothérapique, souffrit d'une radiodermite; elle actionna le chirurgien.

La Cour de Cassation estima, dans son arrêt du 29 novembre 1920 (11), qu'il était du devoir de tout praticien de refuser son concours au patient qui sollicite une intervention dont « les risques sont certains, dans le seul but de faire disparaître une simple imperfection ».

> « Ni l'intérêt de la science, ni celui du malade, n'exigent que, pour un si minime résultat, on risque sinon de le faire mourir, du moins de changer son imperfection en un mal véritable ou de l'aggraver. »

B) Un cas plus grave fut jugé par le Tribunal de la Seine, le 25 février 1929 (12).

Un mannequin, atteint d'hyperplasie graisseuse diffuse des deux jambes, consulta un spécialiste des maladies d'origine endocrinienne qui lui déconseilla tout traitement médical. La jeune femme, peu convaincue, insista auprès d'un second médecin, spécialiste de la chirurgie esthétique, pour être débarrassée de son infirmité. Le praticien accepta de l'opérer de la jambe droite. Peu après l'intervention, une gangrène survint et le chirurgien dut amputer la jambe de sa patiente pour lui sauver la vie.

(9) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 610-611.

En 1931, le Prof. GARÇON (dans Ann.Méd.Lég., 1931, p. 713) écrivait que « le médecin qui, sous prétexte esthétique ou plastique, s'attaque à un corps sain sort des attributions que lui confère son diplôme; il résumait ici la principale objection des adversaires de cette nouvelle branche de la chirurgie. Il est certain que les premières expériences tentées sans sagesse et avec démesure, une publicité aussi intempestive qu'inopportune jetèrent le discrédit et la suspicion sur la chirurgie esthétique. Enfin, nombre de plasticiens parmi les précurseurs se révélèrent des médecins sans scrupules ».

Cour d'Appel de Lyon 27 juin 1913, D.1914.2.73: Une femme âgée avait, avec l'accord de son mari, autorisé un médecin à pratiquer sur elle une opération de chirurgie esthétique destinée à dissimuler l'affaissement des seins. Celui-ci n'opéra que le sein droit, laissant le sein gauche en l'état à titre d'élément de comparaison. La malheureuse femme n'avait consenti à cette opération que pour améliorer sa situation financière car elle devait ensuite montrer le résultat de son traitement contre rétribution. Finalement, la patiente fit un procès au médecin qui fut condamné à des dommages-intérêts.

Cependant, à la même époque, H. FENIE (« De la responsabilité civile en chirurgie thérapeutique et plastique », thèse Toulouse 1930, p. 103) se fit le courageux défenseur de cette nouvelle spécialité.

(10) LOMBARD, p. 274.

(11) Cass.civ., 20 novembre 1920, D.1924.1.103 (arrêt confirmant celui de la Cour d'Appel de Paris du 22 janvier 1913, D.1919.2.73, note DENISSE).

(12) Gaz.Pal. 1929 I 424.

Cf. aussi MALHERBE, pp. 88-89; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 612.

Le Tribunal considéra que:

> «Le fait même d'entreprendre une opération comportant des risques d'une réelle gravité sur un membre sain dans le seul but d'en corriger la ligne et sans que cette intervention ne soit imposée par une nécessité thérapeutique, ni même qu'elle puisse présenter une utilité quelconque pour la santé de l'opérée, constitue à lui seul une faute de nature à engager la responsabilité du chirurgien.»

Ce jugement, en consacrant le principe qu'une opération grave sur un membre sain constitue en soi une véritable présomption de responsabilité et de faute, avait une portée générale. Aussi provoqua-t-il un grand émoi dans le monde médical (13) et une véritable levée de boucliers en faveur de la chirurgie esthétique (14).

Le chirurgien fit appel. Dans son arrêt du 12 mars 1931, la Cour d'Appel de Paris (15), tout en retenant la responsabilité du praticien, repoussa cependant la thèse du Tribunal de la Seine. «C'est à tort», estima la Cour, «que les premiers juges ont contesté le principe même de la chirurgie esthétique et ont considéré que la pratique de toute opération plastique constituait une présomption de faute.»

En outre, la Cour d'Appel reprocha au médecin en ces termes le fait de n'avoir pas éclairé complètement sa patiente sur les risques d'une telle intervention:

> «Il fallait exiger la preuve de circonstances qui, sans qu'il y ait lieu de distinguer le but poursuivi, fasse apparaître une responsabilité certaine du praticien, soit à raison de sa précipitation, soit à raison de sa légèreté, soit à raison surtout de la disproportion des risques avec le résultat...
> Une indication exacte des dangers de l'opération et un consentement donné en toute connaissance de cause sont absolument nécessaires et doivent être rigoureusement exigés quand l'opération n'a pas pour but de guérir le mal, mais seulement de faire disparaître ou d'atténuer une imperfection physique...»

C) La jurisprudence poursuivit son évolution et finit par admettre que «la laideur était une maladie comme une autre dont les séquelles psychologiques justifiaient, s'il en était besoin, l'intervention de la médecine ou de la chirurgie» (16). Aussi, dans un arrêt de la Cour d'Appel de Lyon du 27 mai 1935 (17), trouve-t-on une analyse plus nuancée:

(13) Cf. les auteurs cités à la note précédente.

(14) Le Dr. FRUAMSEN (cf. commentaire de J. LOUP sous arrêt de la Cour d'Appel de Paris, 12 mars 1931, D.1931.2.141) résuma ainsi les critiques formées contre cette jurisprudence: «La Société, par la voix de ses juges, vous désarme. Désormais, on est irrémédiablement condamné à vivre avec ses tares, on est marqué pour la vie. On doit envisager les progrès de la science sans espoir d'en bénéficier... On peut vivre avec ses difformités parce qu'elles ne mettent pas la vie en danger. Parce que, de temps en temps, une complication se présente, doit-on clore à jamais un des chapitres les plus consolants et les plus bienfaisants de l'humanité?»

Cf. aussi KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 613, note 19.

(15) Paris, 12 mars 1931, D.1931.2.141, note J. LOUP.

(16) LOMBARD, pp. 274-275.

(17) Gaz.Pal. 1936.2.248 (radiodermite consécutive à une épilation par rayons X).

« Attendu sans doute que la disproportion manifestement trop grande entre le risque encouru et l'avantage poursuivi permet de considérer que le praticien, qui n'en tient pas compte dans le traitement ou l'opération qu'il pratique, commet une faute...
attendu, toutefois, que cette appréciation ne peut être faite qu'en chaque espèce, toutes les circonstances de la cause ayant été prises en considération, sans qu'on soit autorisé à poser le principe qu'une telle disproportion existe nécessairement, si faible que soit le degré de probabilité du risque, quelles que soient les précautions prises, dès que l'avantage à obtenir n'est pas la guérison d'une maladie proprement dite, sans qu'on soit autorisé à créer ainsi, en quelque sorte, une présomption de responsabilité à l'encontre de l'auteur d'une opération esthétique...
attendu que la notion de maladie telle que semblent l'avoir entendue les premiers juges paraît, à ce point de vue, singulièrement étroite;
attendu que certaines anomalies physiques, qui n'altèrent pas la santé de ceux qui en sont frappés, sont susceptibles d'avoir une grave influence sur leur vie sociale, sur leur état mental;
qu'il est possible qu'une intervention chirurgicale, pour n'être pas imposée par un besoin physique, se justifie néanmoins, même si elle n'est pas exempte de tout risque, par un besoin moral, qu'elle reste le seul remède capable de mettre fin à un état morbide de l'esprit, aussi dommageable à celui qui l'éprouve que l'infirmité de son corps... »

D) Cependant, la jurisprudence ultérieure, en dépit des assouplissements apportés par l'arrêt de la Cour de Paris du 12 mars 1931, continua à voir dans la seule pratique de la chirurgie esthétique une véritable présomption de faute. Ainsi, le 3 janvier 1936, le Tribunal civil de Lyon (18) décida que:

« Le médecin, qui applique sans nécessité un procédé d'épilation par les rayons X, commet une faute et engage sa responsabilité, son devoir l'obligeant à faire renoncer sa patiente, en bon état de santé, à une opération périlleuse. »

Quelques jours plus tard, le Tribunal de la Seine (19) considéra que:

« Le fait même par un chirurgien d'entreprendre une opération comportant des risques d'une certaine gravité sur un organe sain dans le seul but d'en corriger la ligne et sans que cette intervention lui soit imposée par une nécessité thérapeutique, ni même qu'elle puisse présenter une utilité quelconque pour la santé de l'opéré, constitue une faute en soi. »

Section 3. Le but thérapeutique de la chirurgie esthétique (20)

Autrefois, la chirurgie esthétique était considérée par la médecine officielle et par le public — elle l'est parfois encore — comme une chirurgie de luxe et

(18) Trib.civ., Lyon 3 janvier 1936, D.H. 1936.127.
(19) Tribunal Seine, 16 janvier -, D.H. 1938, Somm. 11.
(20) « Les problèmes juridiques de la chirurgie plastique », dans Le Monde, 19 juin 1970, p. 11. C. KOECHLIN, « Chirurgie plastique », éditorial, dans Médecine et Hygiène, N° 1093 du 13 mars 1974, pp. 421-422.

comme une activité frivole, sinon franchement immorale, n'ayant rien de commun avec une médecine sérieuse qui s'occupe de vrais malades, ceci d'autant plus qu'elle fut trop longtemps exercée par certains praticiens sans formation complète, opérant dans des conditions de sécurité insuffisante (21).

Aujourd'hui, la question de la moralité de cette discipline ne se pose plus ; elle est peu à peu entrée dans les mœurs et répond à un besoin profond dans le public (22). Lorsqu'elle n'est pas vraiment réparatrice ou reconstructive (restauration des mutilations pathologiques ou accidentelles et de nombreuses incapacités fonctionnelles), la chirurgie plastique vise à corriger des anormalités physiques (23).

La doctrine et la jurisprudence actuelles reconnaissent un but thérapeutique à la chirurgie esthétique (24). En effet, les notions de *but curatif* et d'*intérêt primordial* du patient sont très complexes et présentent de multiples aspects non seulement physiques, mais également psychiques ou moraux ; selon la définition de la santé que donne l'OMS (25), le but thérapeutique s'entend *lato sensu* (26). Tout ce qui est susceptible d'améliorer les conditions de vie de l'être humain doit être entrepris ou tenté sans toutefois perdre de vue le rapport existant entre les risques d'une opération et la valeur de son résultat (27). Ainsi, on admet que certaines maladies psychiques trouvent parfois leur cause dans des tares ou des disgrâces somatiques, aussi graves que des maladies physiques, qui altèrent l'équilibre nerveux et compromettent l'intégration dans la société de ceux qui en sont victimes (28).

Très souvent, le chirurgien plastique n'opère donc pas dans un but *esthétique* (29), mais poursuit un véritable but *curatif* : « Son intervention n'est que le

(21) BOYER CHAMMARD, p. 230, note 311 ; LOMBARD, pp. 173, 273-274, qui rappelle qu'on estimait à l'époque qu'« un médecin sérieux ne pouvait se prêter à cette falsification, à ce but franchement immoral consistant à corriger la nature d'une « honnête femme » qui voulait mieux attirer le regard des hommes ».

(22) BAUDRAND, op.cit., pp. 28 ss. ; LOMBARD, pp. 55 et 273.

(23) BOYER CHAMMARD, p. 125 ; PHARAON, p. 121.

(24) DEROBERT, p. 295 ; LOEFFLER, p. 15.

(25) OMS = Organisation Mondiale de la Santé.

(26) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 262 ; du même auteur, Resp. du médecin, p. 607.

« L'opération pratiquée, bien que sans nécessité thérapeutique, ne peut être qualifiée d'inutile puisqu'elle avait pour but de faire disparaître l'imperfection physique dont souffrait le patient. » (Cour d'Appel de Paris, 30 octobre 1974).

Cf. aussi IV^e^ partie (les conditions de l'acte médical licite).

(27) LOMBARD, p. 272 ; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 264.

(28) DEROBERT, p. 292.

KORNPROBST (resp. du médecin, p. 607 et Le contrat de soins, N° 262) rappelle que soigner, c'est aussi porter remède à toute anomalie, à tout ce qui, dans l'ordre anatomique ou physiologique, contrarie les normes de la nature dans une société qui pardonne de moins en moins les altérations physiques.

PHARAON, p. 121 : « Raisonner autrement, ce serait méconnaître le point de vue des patients, ignorer leur authentique détresse et les moyens qui sont en notre pouvoir de transformer leur existence intime et sociale. »

(29) Certes nous n'ignorons pas que la chirurgie plastique répond parfois uniquement au souci de beauté, à la coquetterie ou à la futilité des gens, à leur désir de comnbattre les effets de l'âge.

traitement indirect de la neurasthénie et d'états dépressifs ou anxieux (30)». A une pathologie de la laideur doit correspondre une thérapeutique de la laideur, médicamenteuse ou chirurgicale. Or nous avons que le médecin est finalement libre de choisir la technique à ses yeux la plus appropriée au cas qui lui est soumis (31).

Section 4. La responsabilité aggravée du chirurgien esthétique

Les obligations du chirurgien plastique ne diffèrent pas essentiellement de celles de tout médecin; la jurisprudence assujettit la chirurgie esthétique aux mêmes principes juridiques que la chirurgie générale (32), à quelques réserves près que nous étudierons plus loin.

Lorsqu'on examine la responsabilité du chirurgien esthétique, on ne peut toutefois pas raisonner comme dans les autres domaines de la chirurgie. Le fait qu'il s'agisse d'opérations ne présentant ni urgence ni nécessité absolue, le fait qu'elles portent sur des organes sains d'individus généralement en bonne santé sont des éléments d'importance dont il faut tenir compte (33).

Il est dès lors indispensable d'adopter des critères stricts, d'imposer des limites pratiques à cette spécialité au-delà desquelles elle devient illicite et de faire preuve, en cas de dommage subi par le patient, d'une sévérité accrue envers le praticien. Aussi les tribunaux se montrent-ils particulièrement rigoureux dans l'appréciation de la responsabilité encourue par le chirurgien esthétique et dans l'analyse des fautes qu'il a commises (34).

(30) DEROBERT, p. 292; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 264; BOYER CHAMMARD, p. 125; MALHERBE, p. 90.

KORNPROBST (Resp. du médecin, pp. 614-616) note qu'«en corrigeant les becs de lièvre, en modifiant les pieds bots... en s'attaquant au strabisme, en rectifiant la ligne d'un nez qui faisait perdre à un visage toute expression humaine, en remédiant aux malformations des organes génitaux, en réparant les oreilles décollées, les vergetures, les verrues, les naevi, l'acné, la calvitie, en supprimant les loupes, etc., la chirurgie esthétique poursuit, dans bien des cas, un véritable but curatif en sauvant le malade de la neurasthénie. En outre, ajoute l'auteur, combien, en défendant leur physique, défendent leur pain ou leur couple.»

Cf. aussi Lyon, 27 mai 1935, D.H. 1938, Somm. 11.

(31) Sous réserve qu'il observe les conditions auxquelles doit répondre tout acte médical pour être licite (cf. IV^e partie).

Cf. BOYER CHAMMARD, p. 125; MALHERBE, p. 90; DEROBERT, p. 292.

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 616: «Dès lors, le problème change d'aspect; ce n'est plus l'intervention en soi qu'il fait envisager, c'est le traitement indirect de la neurasthénie, de l'inquiétude, de l'angoisse, et nous savons que, sur ce point, le médecin est libre de choisir la thérapeutique la plus adéquate. Au surplus, les tribunaux admettent depuis longtemps la notion de préjudice esthétique qu'ils chiffrent à juste titre d'une manière essentiellement personnelle; or, n'est-ce pas l'envers même de la question; si la perte de la joie de vivre, du libre exercice du corps humain est patrimonialement appréciable, l'accroissement de cette joie, le rétablissement d'un équilibre physique deviennent, eux aussi, des biens, à tout le moins, une chose bonne en soi.»

(32) PHARAON, p. 122; MALHERBE, p. 92; DEROBERT, p. 292.

(33) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 265; du même auteur, Resp. du médecin, p. 618; LOMBARD, p. 276; DEROBERT, p. 292; BAUDRAND, op.cit., p. 42.

La responsabilité du chirurgien esthétique est aggravée sur les six points suivants :

A) L'information du patient

Le chirurgien esthétique doit éclairer son patient sur la véritable nature de l'opération et l'informer des risques possibles même minimes. Il est tenu en outre d'indiquer les difficultés éventuelles et les complications qui peuvent surgir au cours de l'intervention ou dans ses suites. En effet, les circonstances qui justifient une exposition concise et souvent même atténuée des risques d'un traitement thérapeutique indispensable ne se rencontrent pas en chirurgie esthétique. Le chirurgien doit révéler clairement au patient tous les risques que comporte l'opération afin que le consentement de celui-ci soit pleinement éclairé et que le futur opéré soit mis devant ses responsabilités sans ménagement (35).

Un arrêt de la Cour de Cassation du 17 novembre 1969 (36) précise la nature de cette obligation d'information. Il s'agissait en l'espèce d'une opération visant à supprimer des rides et des poches sous les yeux d'une femme âgée de 66 ans :

> « Attendu qu'il est encore soutenu que le médecin n'est tenu d'avertir son client que des risques normalement prévisibles ; que la Cour d'Appel ne pouvait donc faire grief au docteur X... de n'avoir pas informé la dame V... des risques possibles de l'intervention, celle-ci étant le plus souvent bénigne, ainsi que l'avaient admis les premiers juges tandis que les juges d'appel avaient convenu eux-mêmes que les risques invoqués « se réalisaient rarement » ;
> « Mais attendu que l'arrêt attaqué a justement décidé que, si les risques dont il s'agit se réalisent rarement, ils n'en sont pas moins « graves » et « obligent le chirurgien à en prévenir l'intéressé, pour que celui-ci soit en mesure de se

(34) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 265 ; DEROBERT, p. 295 ; BRUNHES, pp. 41 et 186.

En revanche, LOMBARD (p. 55) s'oppose à ce que la responsabilité du plasticien soit plus sévèrement appréciée que celle de ses confrères.

BOYER CHAMMARD (p. 231) estime qu'une rigueur excessive des tribunaux entraverait la poursuite de la recherche du progrès en chirurgie esthétique.

(35) LOMBARD, pp. 276-279 ; L.M. NORDMANN, Le contrat d'opération chirurgicale, Thèse Paris 1939, p. 115 ; G. BAUDRAND, op. cit., p. 42 ; BOYER CHAMMARD, p. 236.

Cf. aussi KORNPROBST, Resp. du médecin, 618 et 619.

Trib.civ. de la Seine, 25 juin 1951, dans Suppl. inform., La Presse Médicale, 12 décembre 1951 (commentaire KORNPROBST) :

Le Tribunal s'est montré assez exigeant dans l'appréciation du devoir d'information du chirurgien. L'opérée avait, en l'espèce, écrit au chirurgien en lui demandant de la renseigner exactement : « Sans être incommodée au point de vue santé, disait-elle, je le suis au point de vue esthétique : j'aimerais savoir si l'on peut reprendre une vie active et si cette opération ne comporte aucun risque ». A cette demande, le chirurgien répondit qu'il avait déjà opéré la cellulite des jambes et, en particulier, des chevilles et que cette opération nécessitait quinze jours de lit par prudence. Le tribunal a estimé que cette réponse n'éclairait pas suffisamment la patiente. Elle ne pouvait, munie de cette information incomplète, donner un consentement en connaissance de cause ».

« Moins le but thérapeutique sera impérieux, plus l'information du patient concernant les risques devra être complète. »

(36) JCP 1970 II 16507.

décider en pleine connaissance de cause; que cette obligation était d'autant plus impérieuse en l'espèce qu'il ne s'agissait pas de donner des soins à un malade, mais de remédier à une légère imperfection physique chez une femme âgée de 66 ans»; que les juges d'appel ont ainsi légalement justifié leur décision et que le moyen n'est pas fondé...
attendu qu'il est vainement prétendu que l'arrêt aurait laissé sans réponse les conclusions que X... faisait valoir, que le préjudice invoqué n'avait pas pour origine l'abstention reprochée à la charge du chirurgien; qu'en effet, la Cour d'Appel relève que cette abstention «qui revêt un caractère fautif», a causé à dame V... un préjudice, «en la privant des éléments d'appréciation nécessaires à une décision éclairée»; qu'ainsi le moyen n'est pas mieux fondé que les précédents».

B) Le consentement du patient

Le consentement du patient doit donc être pleinement éclairé et donné en toute connaissance de cause (37); en outre, il doit être «clairement et expressément formulé dans la sérénité puisque l'urgence, par hypothèse, n'existe pas» (38).

Le chirurgien doit non seulement attirer l'attention du patient sur les risques de l'intervention envisagée, mais, «quelle que soit la volonté de celui-ci, se refuser catégoriquement à l'opérer quand il y a disproportion manifeste entre les risques qu'il encourt du fait de l'opération et les avantages qu'il en peut escompter» (39). Le patient doit être protégé, au besoin contre lui-même, contre sa propre volonté qui met en péril son intégrité corporelle, sa santé, voire sa vie. L'anxiété ou la surexcitation du malade ne peut évidemment à elle seule décider le médecin à tenter une opération qui comporte des risques (40).

C) Le principe de la proportionnalité

L'opération est licite à condition que les risques courus par le patient ne soient pas hors de proportion avec l'amélioration escomptée de son état (41). Plus le but curatif est discutable, plus le chirurgien plastique devra se montrer prudent

(37) MALHERBE, p. 90; PHARAON, p. 123.
(38) LOMBARD, p. 276.
(39) Cour d'Appel de Paris, 13 janvier 1959, JCP 1959 II 11942, note R. SAVATIER.
Cf. aussi BRUNHES, p. 41; Cour d'Appel de Paris, 5 juin 1962.
(40) MALHERBE, p. 91.
La question du consentement dans la chirurgie esthétique est assez oiseuse car, par définition, c'est en quelque sorte le patient qui pose une indication et qui requiert explicitement l'intervention du chirurgien en vue d'obtenir un résultat: une transformation morphologique. En effet, si la chirurgie esthétique permet de corriger certains défauts ou certaines disgrâces, tout n'est pas possible. Il y a des interventions que demande parfois le patient et que le chirurgien doit refuser car elles sont du domaine de l'invention ou de la fantaisie du sujet. Le chirurgien esthétique ne doit donc pas obtempérer sans autre à toute demande du patient; il doit lui expliquer objectivement les possibilités malgré tout limitées de cette chirurgie qui laisse souvent des séquelles cicatricielles plus marquées que ne le laisse supposer la lecture de certaines revues optimistes peu médicales.
Trib. Gd. Inst. de Paris, jugement de mars 1972 cité par LOMBARD, pp. 279-280: «Alors qu'il n'existait aucune indication d'ordre fonctionnel et que l'indication esthétique était elle-même peu caractérisée, il y avait lieu de craindre une motivation purement subjective de la patiente.» Le tribunal en conclut «que le défendeur devait nécessairement se poser la question de l'opportunité de l'opération..., qu'une information complète était donc absolument nécessaire».

dans la «balance des risques et des avantages du traitement». Il ne doit donc jamais être téméraire, ni agir avec trop de précipitation. En effet, certains accidents qui, en chirurgie courante, seraient considérés comme des cas fortuits, n'engageant pas la responsabilité du praticien vu que ce dernier cherche à supprimer un état morbide, constitueront en revanche une faute du chirurgien esthétique.

En fait, quand le risque couru est sans proportion avec les avantages escomptés, le chirurgien esthétique doit non seulement attirer spécialement l'attention du patient sur ce point, mais aussi déconseiller l'intervention et, dans certains cas, refuser catégoriquement d'opérer le malade même à sa demande instante (42). Ce principe doit toutefois être nuancé; en effet, «si cette règle doit être appliquée avec une extrême rigueur quand il s'agit de corriger de légères disgrâces, elle mérite d'être atténuée lorsqu'il y a lieu de réparer une difformité qui empêcherait par exemple le patient d'obtenir ou de conserver un emploi pour lequel il est qualifié» (43).

En définitive, la rigueur des tribunaux vis-à-vis du chirurgien esthétique n'est pas une condamnation de cette spécialité, mais une application correcte du principe de la proportionnalité (44).

D) L'obligation de prudence du chirurgien esthétique

Le chirurgien esthétique doit faire preuve d'une prudence accrue; il doit examiner son patient avec une attention particulière, pratiquer tous les examens pré-opératoires, respecter scrupuleusement toutes les normes de sécurité avant d'entreprendre son opération qui est purement élective, non urgente et qui ne vise qu'à corriger une imperfection physique et non un processus morbide (45).

E) Qualification du praticien

Le chirurgien esthétique doit faire preuve d'une qualification suffisante (46).

(41) MALHERBE, p. 92; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 619-620; SAVATIER, Traité, p. 248 ainsi que la jurisprudence citée par cet auteur à la note 45.

(42) BOYER CHAMMARD, p. 239; BRUNHES, pp. 41 et 146.

Cour d'Appel de Paris, 4 février 1957, cité par PHARAON, p. 124, note 47.

Cour d'Appel de Paris, 13 janvier 1959, JCP 1959 II 11942, note R. SAVATIER.

A. CRESPI, «La responsabilité du médecin», aspect de droit pénal, Journées juridiques franco-italiennes, Paris 1971: «Toutes les fois que la santé, l'intégrité physique ou la vie du patient sont en danger, le médecin doit renoncer à ces perfectionnements de caractère esthétique, indépendamment du désir du patient lui-même».

(43) BOYER CHAMMARD, p. 239.

(44) MALHERBE, p. 93; BRUNHES, p. 41.

(45) BAUDRAND, op.cit., p. 42; BOYER CHAMMARD, p. 236.

Cass.civ., 27 janvier 1970, D.1970, Somm. 70: «Même si les usages professionnels ne les prévoient pas, le chirurgien doit prendre toutes les précautions qu'impose la prudence pour prévenir les risques, si exceptionnels soient-ils, que fait courir l'intervention du malade».

(46) BOYER CHAMMARD, p. 232.

(47) Arrêt cité par KORNPROBST, «Maladresses graves commises au cours d'une opération de chirurgie esthétique», dans La Presse Médicale, 1968, 76, 32, 1613-1614.

Le Tribunal de Grande Instance de la Seine, dans un jugement du 3 avril 1968 (47), a condamné pénalement un plasticien à la suite d'une intervention esthétique qui causa un grave dommage au patient. Le praticien n'avait aucune compétence particulière en chirurgie et ses notions de chirurgie esthétique étaient très discutables; les attendus du Tribunal sont très sévères pour le médecin:

> « Attendu que le prévenu se présente comme un novateur méconnu, victime d'une exceptionnelle malchance; attendu que, si le diplôme de docteur en médecine permet l'exercice de toutes les branches de la médecine, l'obtention du titre ne dispense pas celui qui veut exercer une médecine difficile, hautement spécialisée, de s'y préparer par une formation adéquate; que ce même diplôme ne permet pas au médecin de s'engager imprudemment, hors les cas d'urgence et de nécessité, dans de nouvelles techniques thérapeutiques, alors surtout que le danger de ces techniques est connu des spécialistes; attendu que les techniques employées, dont il n'aurait pas ignoré les dangers s'il avait sérieusement travaillé avec des spécialistes qualifiés et s'il avait étudié les publications des chirurgiens français et étrangers spécialisés, constituent autant d'imprudences graves, caractérisant des fautes lourdes, pénalement punissables lorsque, comme en l'espèce, elles entraînent une longue incapacité de travail ».

F) L'indication opératoire doit être stricte

Nous avons vu plus haut que la notion de but curatif doit s'interpréter lato sensu et que « l'intérêt du malade peut être aussi bien psychologique que physique, et la notion de santé, morale aussi bien que corporelle, sans quoi la chirurgie esthétique serait irrémédiablement condamnée » (48).

Cependant l'opération ne peut être envisagée que lorsqu'elle est la seule thérapeutique possible et efficace, *l'ultima ratio*; la jurisprudence impose au plasticien le devoir de n'aggraver en aucun cas l'état du patient sur le plan biologique (49).

Section 5. Le chirurgien plastique doit-il garantir un résultat esthétique?

La doctrine française s'est interrogée sur la nature et la portée de l'obligation du chirurgien esthétique. Certains auteurs, dont KORNPROBST (50), estiment que le chirurgien contracte ici une obligation de résultat (51). Ainsi, en

(48) Cf., supra, section 3 de ce chapitre.
Voir aussi KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 241.

(49) MALHERBE, p. 91; BRUNHES, p. 186; LOMBARD, p. 274; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 241.

(50) Resp. du médecin, p. 618; du même auteur, Le contrat de soins, N° 18, 213 et 265; LOMBARD, p. 54; « Les problèmes juridiques de la chirurgie plastique », dans Le Monde, 19 juin 1970, p. 11; J. MARTON, « Obligations de résultat et obligations de moyens », dans Rev. trim. de dr.civ., 1935, p. 518; BAUDRAND, op.cit.
Contra: MALHERBE, p. 92; BRUNHES, p. 186.

(51) Cf., supra, I^re^ partie, chap. 7, section 8.

dehors du préjudice que ces interventions peuvent causer au patient sur le plan médical, où le médecin répond d'une obligation de moyens, il convient d'apprécier le résultat obtenu sur le plan purement esthétique (52).

La jurisprudence, plus nuancée, refuse généralement d'imposer au chirurgien plastique une obligation de résultat qui ferait naître une présomption de faute à l'encontre du praticien (53). En fait, comme nous l'avons déjà dit, la rigueur des tribunaux, où d'aucuns ont cru voir une véritable obligation de résultat à la charge du plasticien, s'explique mieux par une application correcte du principe de la proportionnalité (54).

Cependant si le praticien ne contracte pas une véritable obligation de résultat, la doctrine et la jurisprudence françaises admettent que l'opéré est tout de même en droit d'obtenir « un certain résultat ». En effet, dans le domaine de la chirurgie esthétique, le résultat revêt à l'évidence une importance particulière même si des critères objectifs sont très difficiles à définir. Lorsqu'un chirurgien s'engage par exemple à redresser un nez, il *doit* le redresser; le patient ne peut toutefois pas exiger la qualité optima, ni une réussite totale, ce qui mettrait *de facto* le plasticien dans l'impossibilité de s'exonérer de sa responsabilité (55).

(52) LOMBARD, p. 278.

Dans l'examen des divers dommages que peut subir un patient en chirurgie esthétique, il faut considérer trois cas différents:

a) Au cours de l'opération ou dans les suites post-opératoires, les complications qui surviennent sont de même nature que celles qui se rencontrent dans la chirurgie ordinaire: elles sont imputables au risque inhérent à tout acte médical (cas fortuit) et non à un comportement fautif de l'opérateur. La responsabilité du chirurgien plastique ne peut être retenue dans ce cas même si le but esthétique ne peut être atteint à cause de ces complications ou si l'aspect physique du patient a empiré.

b) Le chirurgien commet une faute; non seulement il n'obtient pas le résultat esthétique recherché, mais il cause en plus au patient un dommage médical dont il doit répondre.

c) L'opération réussit parfaitement, en ce sens que la lésion faite par le chirurgien se cicatrise et qu'il n'y a aucune complication grâce à une exécution correcte sur le plan de la chirurgie générale. En revanche le résultat esthétique visé n'est pas atteint: le physique du patient n'est pas amélioré; parfois même il s'est détérioré.

(53) Cour d'Appel de Paris, 13 janvier 1959, JCP 1959 II 11141, note R. SAVATIER et Cour d'Appel de Paris, 5 juin 1962, JCP 1962 II 12089.

KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 265: Les décisions de justice n'emploient pas volontiers l'expression « obligation de résultat » parce que, semble-t-il, l'entente n'est pas encore réalisée sur le sens qu'il convient de donner au mot « résultat » en matière de contrat de soins.

(54) Cf., supra, même chapitre, section 4, litt. C.

Cf. aussi BRUNHES, p. 186.

(55) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 266; du même auteur, Resp. du médecin, p. 618; LOMBARD, pp. 278-280.

Arrêt du Trib. de Gd.Inst. de Paris, mars 1972, cité par LOMBARD, p. 278: Une femme de 43 ans « atteinte d'un léger état dépressif permanent, ressentait le besoin de faire rectifier une pyramide nasale qui, sans être parfaite, n'altérait en rien la morphologie d'ensemble de son visage ». Elle subit donc une « rhinoplastie correctrice » pratiquée selon les méthodes classiques, intervention qui fut, d'après l'expert, « consciencieuse et conforme aux données acquises de la science ». La patiente ne fut pas satisfaite du résultat esthétique, ce qui obligea le chirurgien à pratiquer pas moins de quatre opérations correctrices entre 1961 et 1966. La patiente finit par actionner le praticien.

L'expert commis, tout en émettant quelques réserves sur le caractère forcément subjectif d'appréciations esthétiques, a cependant conclu: « Il existe des anomalies de relief et de position des éléments de la pyramide nasale, qui permettent d'affirmer que l'aspect du nez de la patiente est moins acceptable que l'état initial et qu'il y a préjudice. »

L'expert fut suivi par le Tribunal.

Comme le dit KORNPROBST (56), « le résultat en matière de chirurgie esthétique s'appréciera eu égard à la réussite technique de l'opération, au but atteint sans complications, ni incidents, mais non à la qualité de la réalisation obtenue (pureté de la ligne, élégance du modèle, etc.). L'échec doit simplement renverser le fardeau de la preuve : le chirurgien, présumé inattentif ou incompétent, pourra prouver qu'une force majeure imprévisible et irrésistible a rendu l'échec inévitable. L'opéré n'aura plus la charge de prouver que les soins ou la technique ont été malhabiles, hâtifs ou inconsidérés ».

Section 6. La jurisprudence française récente

A) Une femme présentait une limitation de l'ouverture de la bouche (57) et une très légère asymétrie du visage consécutive à un aplatissement de la région *temporo-maxillaire* gauche dû à un accident. Deux chirurgiens déconseillèrent l'opération, car les avantages escomptés étaient minces : suppression de quelques disgrâces « des plus minimes » du visage. L'opération fut cependant tentée par un troisième praticien et la patiente fut défigurée après de longues souffrances.

Dans son arrêt du 13 janvier 1959 (58), la Cour d'Appel de Paris mit en ces termes l'accent sur la disproportion entre les risques courus par la patiente et les résultats escomptés (59) :

> « ... Considérant que le contrat médical intervenu entre le docteur X... et sa patiente faisait naître à la charge du premier une obligation générale de prudence et de diligence autant dans l'examen de l'opportunité des actes opératoires qu'éventuellement et ultérieurement dans leur exécution ;
> considérant que les risques inhérents aux interventions réalisées par ce praticien étaient des plus sérieux et parfaitement prévisibles ;
> considérant en conséquence que ce chirurgien devait non seulement attirer personnellement l'attention de la demoiselle L... sur les risques des interventions envisagées, ce qu'il n'a pas fait, mais devait, quelle que soit la volonté de sa cliente, se refuser catégoriquement à l'opérer en raison de la disproportion manifeste entre les risques qu'elle encourait du fait de l'opération et les avantages qu'elle devait escompter ;
> que sans doute on ne saurait mettre à la charge d'un spécialiste de la chirurgie réparatrice une obligation de résultat ;
> que toute opération chirurgicale, autant lorsque celui qui l'effectue se propose de corriger des disgrâces et des imperfections du corps humain que lorsqu'il s'applique à guérir, comporte un aléa, mais que le chirurgien plasticien méconnait l'obligation de prudence et de diligence qui lui incombe s'il fait courir au patient un risque sans proportion avec les avantages escomptés... ».

(56) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 267-268.

(57) Cette limitation ne mettait cependant pas obstacle aux soins dentaires, ni à ceux de la gorge.

(58) JCP 1959 II 11942, note R. SAVATIER.

(59) B RUNHES, p. 41, relève à juste titre qu'il est possible de reprocher aux juges de « ne pas donner au « Beau » sa place éminente et de ne pas tenir suffisamment compte des complexes créés chez les personnes disgraciées par leur imperfection physique, encore que cet arrêt se soit expliqué sur ce point ».

B) Une danseuse nue voulait se faire corriger une ptôse abdominale ; le souci professionnel de sa ligne l'amena en consultation chez un chirurgien plastique qui tenta de supprimer ce défaut par une opération. Mais, loin d'améliorer le physique de la jeune femme, l'intervention laissa subsister un bourrelet au bas-ventre. L'intéressée actionna le praticien.

La Cour de Paris, le 20 juin 1960 (60), considéra que :

> « Le fait par un chirurgien d'entreprendre une opération comportant des risques d'une certaine gravité sur un organe sain, dans le seul but d'en corriger la ligne e? sans que cette intervention ne lui soit imposée par une nécessité thérapeutique, ni même qu'elle puisse présenter une utilité quelconque pour la santé de l'opérée, constitue une faute en soi ».

Il ne s'agit pas là d'une nouvelle condamnation de la chirurgie esthétique (61). Cet arrêt confirme une jurisprudence constante qui considère comme fautif le fait d'entreprendre une opération comportant des risques graves. D'ailleurs, en l'espèce, c'était surtout une faute technique qui avait été sanctionnée, les experts ayant relevé que le praticien avait eu le tort d'accéder au désir de sa patiente de quitter la clinique dès le lendemain de l'opération.

C) Une artiste de music-hall voulait se débarasser de dépôts de cellulite aux jambes. L'opération pratiquée par un chirurgien, loin d'améliorer ce défaut, entraîna une « dissymétrie disgracieuse » des jambes de la patiente.

La Cour d'Appel de Paris, dans un arrêt du 5 juin 1962 (62), retenant « qu'on ne saurait mettre à la charge d'un spécialiste de la chirurgie réparatrice une obligation de résultat et que toute opération chirurgicale comporte un aléa », considéra que « rentre dans le cadre de la chirurgie réparatrice l'intervention qui a moins pour but d'apporter une guérison à un mal et de supprimer des altérations fonctionnelles que de réparer de simples imperfections et disgrâces du corps ».

La Cour condamna le chirurgien pour avoir pratiqué l'opération, le propre des lésions dites de cellulite étant, selon les experts, « de récidiver et de se reproduire malgré toute intervention, alors que les traitements auraient pu être plus efficaces et moins dangereux. » Le chirurgien devait, dit la Cour, « tenir compte de la profession de sa patiente, du but qu'elle poursuivait et, quelle que fût la volonté de celle-ci, se refuser catégoriquement à l'opérer, le risque prévisible qui

(60) Dans Rev.Dr.civ. 1960-646. Observ. TUNC.

(61) De cette opération, la jeune femme avait conservé une cicatrice dans une partie du corps « qu'on a peu l'occasion de montrer dans la vie courante ». A. TUNC (Observ. dans Rev.Dr.Civ.) se pose la question suivante : « La demanderesse justifait-elle d'un intérêt légitime juridiquement protégé, à pouvoir exhiber une nudité quasi intégrale, après une pantomime destinée à exciter l'érotisme des spectateurs ? et le Juge peut-il accorder des dommages-intérêts d'autant plus importants que les cachets d'une danseuse nue sont élevés, c'est-à-dire que l'exhibition de son corps est plus complète ? ».

Nous sommes en désaccord avec le juriste français qui fait preuve ici d'un puritanisme excessif. A notre avis, le dommage existe réellement et le peu de considération qu'on peut éventuellement avoir pour la profession de la patiente ne doit pas entrer en ligne de compte.

(62) JCP 1962 II 12089. Dans le même sens, Trib. de Gd.Inst. de Lille, 15 octobre 1962, jugement cité par BRUNHES, p. 41, note 62.

était de nature à rendre l'artiste inapte à se produire en public étant en disproportion manifeste avec les avantages envisagés. »

A. TUNC (63), comentant cet arrêt, estima toutefois que « lorsque le risque couru est, comme dans l'espèce, d'ordre purement esthétique ou professionnel et ne concerne pas la vie et la santé du patient, peut-on plus aisément qu'en d'autres domaines, tenir compte de la volonté de celui-ci ».

D) Une jeune femme lut dans un journal féminin un article consacré à un chirurgien qui avait mis au point une nouvelle technique opératoire visant à supprimer totalement les rides du front. S'étant procuré l'adresse de ce praticien, elle le consulta et se fit opérer. L'opération laissa de très vilaines cicatrices enlaidissant le visage ainsi qu'une calvitie importante et définitive. En outre, deux ans après l'intervention, la patiente ressentait encore de vives douleurs.

La jeune femme actionna le chirurgien; le 3 avril 1968 (64), le Tribunal Correctionnel de Paris condamna le chirurgien pour les motifs suivants:

1) Il n'avait pas une compétence suffisante en matière de chirurgie esthétique.

2) Aussi a-t-il recouru à des techniques dont, par manque de qualification et d'expérience, il ignorait les dangers.

3) Le diplôme de médecin n'autorise pas, hors le cas d'urgence et de nécessité, le praticien à faire n'importe quoi, n'importe comment, sans préparation théorique et pratique adéquate.

4) En ne procédant pas à tous les examens pré-opératoires alors qu'aucune urgence n'imposait l'intervention, le médecin a commis une faute grave.

E) Une femme de 32 ans demanda à un plasticien parisien de lui poser des prothèses de silicone utilisées en chirurgie esthétique pour raffermir le buste. Ces prothèses, de différentes tailles, se placent sous la peau des seins. Cédant à l'insistance de sa patiente, le praticien effectua une première opération sous anesthésie générale et posa des prothèses de taille moyenne qui furent mal tolérées par la jeune femme. Le médecin procéda à leur remplacement au cours d'une seconde intervention douloureuse, sous simple anesthésie locale. Deux jours plus tard, le chirurgien autorisa sa patiente à quitter la clinique et à regagner son domicile.

Les nouvelles prothèses de taille plus modeste se révélèrent encore disproportionnées, « les sutures lâchant et des plaies faisant apparaître la matière plastique sur une largeur d'environ une paume de main »... La jeune femme dut subir une troisième opération, effectuée cette fois par un spécialiste bordelais qui

(63) Loc.cit. à la note 61, supra.

(64) Jugement non publié, cité par BOYER CHAMMARD, pp. 231-233 et confirmé par un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 21 décembre 1968.

A rapprocher de Cass.civ. 27 janvier 1970, D.1970, Somm. 70, concernant une opération sous anesthésie locale à la xylocaïne, ayant entraîné le décès de la patiente. Le chirurgien avait procédé lui-même à l'anesthésie sans être assisté d'un médecin-anesthésiste, ce que lui reprocha la Cour (cf., supra, Section 4, litt. D).

Cf. aussi, supra, note 47.

posa des prothèses de petite taille enfin tolérées, mais ne put faire disparaître les cicatrices disgracieuses de 12 centimètres de longueur.

Le Tribunal de Grande Instance de Paris (65) reprocha au chirurgien parisien plusieurs fautes:

— le désir exprimé par la patiente d'avoir une poitrine abondante n'était pas une excuse suffisante;

— la seconde opération fut pratiquée prématurément;

— l'autorisation de quitter si tôt la clinique fut accordée avec une légèreté coupable.

Le Tribunal estima qu'il incombait en l'espèce au chirurgien d'apporter la preuve qu'il avait averti sa malade des risques d'un départ précipité et qu'elle avait passé outre. N'ayant pas fait signer une décharge de responsabilité (ainsi qu'il est d'usage dans un hôpital lorsqu'un malade quitte l'établissement contre l'avis des praticiens), il ne put fournir cette preuve. Aussi fut-il condamné à payer à sa patiente une indemnité de Fr. 25 000.— à titre de dommages-intérêts.

Section 7. Le consentement du conjoint

Certains médecins et certains juristes estiment indispensable que le praticien obtienne le consentement du conjoint du patient avant d'entreprendre une opération de chirurgie esthétique. Cette exigence nous paraît mal fondée. En effet, celui qui se soumet à un acte médical, notamment à une opération, exerce un droit éminemment personnel. A notre avis (66), un époux n'a aucun droit sur le corps de son conjoint et il ne saurait être question d'instituer une sorte de «tutelle» d'un conjoint sur l'autre. Un mari ne peut imposer à sa femme une opération de chirurgie esthétique; il ne peut non plus s'y opposer (67).

Si le médecin sollicite néanmoins le consentement du conjoint dans un tel cas, il s'agit plutôt d'une mesure de prudence raisonnable que d'une obligation spécifique du praticien (68).

(65) Arrêt cité par LOMBARD, pp. 277-278.

Cf. aussi, 16e Chambre correct. du Trib.Gd.Inst. de Paris, 27 mai 1970, décision non publiée, citée par BOYER CHAMMARD, pp. 233-236.

(66) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 70: «Le cas de la chirurgie esthétique est, une fois de plus, typique. Un mari peut-il imposer à une femme qu'il a épousée pour sa beauté une opération esthétique? Certainement pas. Et le chirurgien qui la pratiquerait dans de telles conditions engagerait gravement sa responsabilité. Mais ce n'est pas tout car le mari pourrait songer au divorce. Cela s'est vu. Un état de santé, quel qu'il soit, ne peut cependant être cause de rupture du lien conjugal, même si sa prolongation ou sa consolidation sont la conséquence du refus par l'époux atteint de courir les risques d'un traitement ou d'une intervention toujours aléatoire. Règle dont la jurisprudence a fait une large application aux cas, moins rares que l'on ne supposerait, de non-consommation du mariage due à un défaut de conformation ou à des troubles nerveux lesquels ne constituent une injure grave, au sens de l'article 232 du Code civil, que s'ils sont le signe certain d'une volonté d'outrager le conjoint: ce n'est pas le cas de la crainte d'une opération comportant des risques et du refus de la subir».

(67) Le conjoint n'a aucune action ni délictuelle ni contractuelle contre le praticien qui n'a pas sollicité son consentement.

(68) Sur le problème de la réaction du conjoint face à une opération esthétique effectuée à son insu par son époux, cf. notamment KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 621, note 36.

Chapitre IV

Le partage des responsabilités entre la clinique, ses auxiliaires et les médecins de l'équipe chirurgicale

Section 1. Obligations et responsabilité civile de la clinique (1)

Toute intervention chirurgicale nécessite généralement l'hospitalisation du patient dans une clinique privée (2) ou un établissement public qui fournit, à l'usage des médecins, le personnel auxiliaire, les locaux, les installations, les appareils, les instruments, le matériel et les médicaments permettant de mener à bien l'opération et ses suites (3).

A) **Les contrats entre la clinique, les médecins et le patient**

La gestion d'une clinique implique des prestations commerciales *d'hôtellerie* (logement, nourriture, etc.) et des prestations de *soins* donnés par un personnel qualifié qui exécute les prescriptions des médecins. La clinique conclut ainsi avec le patient un contrat hospitalier qui est un contrat composé de soins et d'entretien (4).

(1) Cf., entre autres, Jacques BARDOUL, Médecins et Cliniques, thèse Paris 1950 (DALLOZ, Ed. 1951); A. BAUDIN, Responsabilité professionnelle du corps médical et de l'Administration des hôpitaux publics, Sem.jur. 1937.1.1818; L. GEORGEL, Etude juridique des cliniques médicales privées, non gratuites, thèse Rennes 1925.

(2) (2) Notre thèse traitant essentiellement du problème de la responsabilité du médecin exerçant sa profession de manière indépendante, nous ne parlerons ici que des établissements hospitaliers privés (cliniques).

(3) DEROBERT, pp. 299-300; BAGLIN, pp. 58-59; SAVATIER, Traité, p. 406.

(4) LOEFFLER, pp. 27-28; BAGLIN, pp. 58-59.

SAVATIER, Traité, p. 406: « Les obligations de la clinique envers le malade portent principalement sur la fourniture des soins prescrits par le médecin, lorsque ces soins ne sont pas exécutés par le médecin lui-même ou sous son autorité directe. La clinique est tenue de procurer au malade des soins conformes aux prescriptions du médecin et aux données de la technique. »

Du même auteur, p. 407: « La clinique est tenue de fournir une installation et une organisation permettant au médecin de remplir ses propres obligations. Cette obligation existe à l'égard du médecin, mais aussi à l'égard du malade. »

Selon DEROBERT, p. 300, le contrat hospitalier comporte, d'après la doctrine et la jurisprudence, une obligation de soins et une obligation de surveillance.

Cass.civ., 30 décembre 1936, D.1937.1.5, note R. SAVATIER; Cass.civ. 29 décembre 1947, JCP 1948 II 4259; Cour d'Appel de Pau, 8 décembre 1953, JCP 1954 II 8127, note SEIGNOLLE.

Cf. également, supra, note 50, chapitre I.

En outre, une convention écrite, orale ou tacite lie la clinique au chirurgien ou à l'anesthésiste ; ce contrat peut être de nature différente. En effet, le médecin peut exercer son activité au sein de la clinique de manière permanente en qualité de salarié ; le plus souvent cependant, le praticien conclut un contrat *sui generis* avec l'établissement hospitalier : ce dernier met à la disposition du médecin, à certaines conditions, ses installations, ses locaux et son personnel ; en contrepartie, l'anesthésiste s'engage à consacrer toute ou partie de son activité à s'occuper des malades hospitalisés et le chirurgien à faire admettre ses patients de préférence dans la clinique à laquelle il est lié (5).

Le patient, enfin, conclut deux contrats de soins médicaux : un premier contrat avec le chirurgien qui le fait hospitaliser et un second avec l'anesthésiste qui l'endormira.

B) L'indépendance et la responsabilité personnelle du médecin

Nous avons déjà vu que l'indépendance morale et technique du médecin est un principe reconnu par la doctrine et la jurisprudence. Ainsi, le praticien pose-t-il seul, en conscience, l'indication et recourt-il à la thérapeutique qui lui paraît la plus efficace et la plus appropriée. Le traitement doit être choisi dans l'intérêt exclusif du malade, en l'absence de toute directive ou de toute pression d'un tiers quelconque, employeur, clinique, confrère, etc. (6).

Les tribunaux se sont peu à peu aperçus que l'indépendance dans l'exercice d'une profession libérale n'était pas incompatible avec la notion de louage de services et de travail rémunéré par un salaire (7). Aussi ont-ils établi une distinction entre les obligations « administratives » d'un médecin et ses obligations purement médicales. « La subordination à l'employeur est relative à l'emploi de son temps, non à la manière de l'employer. » La liberté et l'indépendance du praticien n'excluent donc point une certaine réglementation de ses heures de présence et

(5) Cf. DEROBERT, p. 299.

Le contrat qui lie le médecin (chirurgien ou anesthésiste) à une clinique privée quand le praticien n'est pas salarié de la clinique, est très difficile à qualifier. Ce n'est ni un contrat de travail, ni un contrat d'entreprise, ni un mandat. Il s'agit en fait d'un contrat « sui generis ».

(6) Cf., supra, les notes 87-88 du chapitre IX, 1re partie.

Cass.civ., 26 juillet 1938, Gaz.Pal. 1938.2.472.

J.P. ETIENNE, « L'indépendance du médecin exerçant dans un statut non libéral », dans Cahiers Laennec 1956 II, pp. 9 ss.

(7) KORNPROBST (Resp. du médecin, p. 976) et SAVATIER (Traité, p. 305) admettent que rien n'empêche un médecin d'être le préposé d'une autre personne (même incompétente dans sa spécialité ou profane), civilement responsable de ses actes.

FROGE, citant, p. 70, un jugement du Tribunal de Grande Instance de Strasbourg du 9 novembre 1966, estime que la clinique n'a jamais la qualité de commettante d'un de ses chirurgiens ou de son anesthésiste :

> « L'indépendance organique d'un médecin, même salarié, est incompatible avec l'existence d'un contrat de louage de services le soumettant à son employeur, si bien que le médecin n'engage pas par ses fautes la responsabilité de la clinique qui n'a pas la qualité de commettant ».

(8) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 976-977 ainsi que la jurisprudence citée par l'auteur aux notes 10-11.

de travail, la possibilité de recevoir des ordres, l'obligation d'accomplir une série d'actes d'administration interne, de sorte que « l'indépendance du médecin est essentiellement un comportement scientifique et moral » (8).

Toutefois, même s'il est lié contractuellement à une clinique, le médecin, en vertu de ses rapports *personnels* avec le patient, répond seul de ses propres fautes dans l'exercice de son art à l'exclusion de la clinique qui n'est pas sa commettante et qui n'a sur lui qu'un « pouvoir administratif » (9). Tout au plus, l'établissement hospitalier pourrait-il être poursuivi en raison du contrat qui le lie au malade, non pour la faute même du médecin, mais pour avoir procuré au patient un praticien — généralement un anesthésiste — incompétent ou ne possédant pas les qualifications et les diplômes requis; il s'agit-là d'une *culpa in eligendo,* d'une faute dans le choix de ses collaborateurs ou dans l'organisation de ses services (10).

C) Fourniture d'auxiliaires au médecin

L'établissement hospitalier met à la disposition du chirurgien et de l'anesthésiste son personnel infirmier pour compléter l'équipe chirurgicale, d'une part, et pour assurer les soins et la surveillance des patients dans les étages, d'autre part. La clinique permet ainsi au médecin de se libérer d'une manière continue de l'ensemble des soins courants susceptibles d'être donnés hors de sa présence bien que sous son autorité générale (11).

La mauvaise qualité des soins donnés par le personnel auxiliaire peut engager tantôt la responsabilité du praticien, tantôt celle de la clinique ou parfois l'une et l'autre solidairement. La répartition des responsabilités est très complexe et délicate parce qu'il faut déterminer si l'auxiliaire, au moment où il a causé un dommage, exécutait une prestation incombant contractuellement à la clinique ou au médecin et s'il se trouvait alors sous l'autorité de l'établissement hospitalier ou sous celle temporaire et occasionnelle du praticien (chirurgien ou anesthésiste). En étudiant plus loin ce problème, nous serons appelé ainsi à établir une

(9) FROGE, p. 42; LOEFFLER, p. 27; DEBRAY, p. 48; DEROBERT, p. 300; A. WEILL, « Droit civil: les obligations », DALLOZ 1971, pp. 668-669.

SAVATIER, Traité, pp. 375, 404 et 497: « Les obligations qui pèsent sur le médecin à l'égard du malade sont, en principe, celles qui découlent de tout contrat médical. Que le médecin soit lié à la clinique par un louage de services, un contrat de société ou une simple convention sur l'usage de l'installation, nous avons démontré qu'un lien contractuel direct demeure entre médecin et malade. Le médecin répondra donc envers lui soit de ses fautes d'humanisme médical, soit de ses fautes techniques, conformément aux principes étudiés ci-dessus ».

(10) SAVATIER, Traité, p. 392; HERMAN, p. 9.

Cour d'Appel de Nancy, 24 novembre 1966: « Le promettant, en l'espèce le directeur de la clinique, s'engage à présenter à ses clients, pour des actes médicaux qu'il ne peut, en fait et en droit, assurer lui-même, des diplômés médicaux qualifiés. »

FROGE, p. 70: « La clinique commettant un médecin peut avoir une responsabilité contractuelle. En imposant, en effet, un médecin de son choix au patient avec lequel il contracte, le commettant, même profane, qui lui a promis des soins qualifiés, garantit la bonne qualité de ce qu'il fournit. Il répondra donc contractuellement du fait d'autrui. »

(11) SAVATIER, Traité, pp. 263-264; FROGE, p. 71.

Lyon, 20 octobre 1955, Gaz.Pal. 31 octobre-3 janvier 1956; Cass.civ. 15 novembre 1955, D.1956.133, note R. SAVATIER.

distinction entre les *soins médicaux* dont répond le praticien et les *soins hospitaliers* engageant la responsabilité de la clinique (12).

D) L'obligation de sécurité des cliniques

L'étendue des obligations de la clinique peut varier d'après la nature de l'établissement ou de la maladie qui entraîne l'hospitalisation (13). En droit français, les cliniques, comme les médecins, ne contractent généralement envers le patient qu'une obligation de moyens (14).

Toutefois la jurisprudence française a imposé une obligation de sécurité à la charge des établissements hospitaliers chaque fois que « le caractère conjectural de la médecine ne pouvait être invoqué » et que « les techniques mises en œuvre présentaient, vu les progrès de la science, si peu d'aléa qu'on pouvait exiger un résultat et présumer en cas d'échec une faute de celui qui les avait employées » (15).

Pratiquement, l'existence d'une obligation de sécurité — qui est en fait une obligation de résultat — déplace le fardeau de la preuve de la faute qui n'incombe plus au créancier (en l'espèce le patient) mais au débiteur (la clinique) d'une telle obligation : la clinique, dont la négligence ou l'imprudence est ainsi présumée en cas de dommage, ne peut se disculper qu'en rapportant la preuve de son absence de faute.

La jurisprudence a retenu une obligation de sécurité à la charge des cliniques pour les prestations suivantes :

1) La fourniture au patient des médicaments prescrits par le médecin (16).
2) Les examens de laboratoire (17).

(12) Cf. notamment, infra, sections 6 et 7.
Voir aussi DEROBERT, p. 299 ; SAVATIER, Traité, p. 404.

(13) SAVATIER, Traité, p. 407.
Cass.civ., 6 août 1945, Gaz.Pal. 1945.2.99 ; Cour d'Appel de Lyon, 7 janvier 1952, D. 1952.97.
Trib.civ. de Marseille, 29 novembre 1955, JCP 1956.II.9050 : l'obligation de surveillance des patients est plus étendue dans une clinique psychiatrique que dans une clinique médicale ou chirurgicale.

(14) Cass.civ., 6 mars 1945, D.1945.217 ; Cour d'Appel d'Aix, 28 octobre 1955, JCP 1955 II 8967, note J. BRUNET.
BOYER CHAMMARD, p. 167 ; SAVATIER, Traité, p. 406.

(15) SAVATIER, Traité, p. 406 ; cf., aussi, supra, les notes 147 à 165, 1re partie, chap. VII.

(16) La clinique doit fournir au patient hospitalisé des médicaments répondant par leur nature, leur qualité et leur posologie au but poursuivi.
Paris, 8 octobre 1941, Gaz.Pal. 1941.2.444 ; Cass.civ., 6 mars 1945, D.H. 1945.217 ; MALHERBE, p. 103.

(17) La science a fait de grands progrès dans le domaine du laboratoire ; l'aléa est devenu presque nul. Dans l'analyse du sang, des résultats justes et certains sont dès lors possibles sauf imprudence ou négligence. La jurisprudence a profité de ce progrès pour créer à la charge des cliniques possédant leur propre laboratoire ou des médecins employant ces techniques une obligation de résultat. Les tribunaux présument ainsi la faute en cas d'échec.
BRUNHES, p. 180 ; LOMBARD, p. 54 ; SAVATIER, Traité, pp. 268 et 296 ; MALHERBE, p. 84.
Cour d'Appel Paris, 15 octobre 1949, D.H. 1949.538 ; Trib.civ. Toulouse, 7 novembre 1957, JCP 1958.10976, note R. SAVATIER ; Cass., 4 février 1959, JCP 1959. 11046, note SAVATIER ; Cour d'Appel Toulouse, 14 décembre 1959, JCP 1960.11402.

3) Les clichés radiographiques (18).
4) Les transfusions de sang (19).
5) La surveillance pré- et post-opératoires des patients (20).

E) L'exeat prématuré

La clinique doit en principe hospitaliser le malade pendant le temps nécessaire à l'efficacité des soins dont il a besoin. Un patient dont la vie est en danger, dont l'état serait aggravé ou la guérison compromise par un *exeat* prématuré, ne pourrait, sous peine d'engager la responsabilité de la clinique ou du praticien, être renvoyé chez lui sans préavis ni précautions (21).

A l'inverse, il peut arriver que des malades ne veuillent pas quitter la clinique alors que la direction ou le chirurgien estime ne pas devoir les garder. S'il s'agit d'une maladie chronique ou durable, l'établissement peut mettre fin au contrat « d'une manière ménageant naturellement les nécessités médicales » (22).

(18) Le médecin radiologue doit remettre à sa clientèle des clichés corrects (Cass. civ., 2 mars 1939 I 872; Cass.civ. 3 avril 1939, D.H. 1939.337).

(19) BRUNHES, p. 61; SAVATIER, Traité, pp. 268 et 296; LOMBARD, p. 54; MALHERBE, p. 84; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 18; du même auteur, Resp. du médecin, p. 142, note 74.

Cour d'Appel de Toulouse, 14 décembre 1959, JCP 1960 II 11402, note R. SAVATIER: « Dans l'état actuel de l'organisation de certaines cliniques, la responsabilité de l'analyse de sang d'un malade avant transfusion, et celle du prélèvement sanguin qui la conditionne sont assumées par la clinique, celle-ci ayant fait appel sans le concours du patient à son anesthésiste-réanimateur et ayant choisi elle-même le laboratoire d'analyse où elle avait transporté le flacon de sang à examiner. Il s'ensuit que la clinique assume la responsabilité du travail confié à des exécutants de son choix. Elle répond de l'erreur commise dans les résultats d'une analyse sanguine et, cela, que l'origine de l'erreur se trouve dans la faute de l'anesthésiste-réanimateur qui a fait le prélèvement ou du laboratoire chargé de l'expertise ».

Cf. aussi Cour d'Appel Toulouse, 7 juillet 1960, JCP 1960 II 11871 et Cass.Crim. 16 mai 1961, JCP 1961 II 12315, notes R. SAVATIER.

(20) Trib. Gd. Inst. de Montbéliard, 6 juillet 1965 (jugement non publié), cité par DEROBERT, p. 300.

Cf. aussi Trib. civ. Marseille, 26 novembre 1953, D.1954.160 (réchauffement du malade après l'opération); Colmar, 17 décembre 1935, Gaz.Pal. 1936.1.378 (obligation d'éviter une contagion).

(21) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 599.

(22) La Cour d'Appel d'Aix, le 18 octobre 1955 (JCP 1955 II 8967, note J. BRUNET) a débouté, à juste titre, une patiente abusive qui ne voulait pas quitter la clinique: Le « contrat d'hospitalisation », contrat innommé, ainsi que le définit l'arrêt, « n'obligeait pas, en effet, le médecin-chef de l'établissement à la garder indéfiniment et à sa convenance. Mieux encore qu'un hôtel, tenu dans certaines limites et vis-à-vis de certains clients de respecter les lois en vigueur sur les baux à usage d'habitation, une clinique peut toujours, à son gré, mettre un client à la porte dès l'instant où, médicalement, son séjour dans ses services n'est plus nécessaire et où son transport peut être effectué sans risque, ce qui était le cas de l'espèce. Or, à cet égard, l'on ne saurait, sans faire échec gravement à l'indépendance de la médecine, reconnaître à personne d'autre que le médecin-traitant le droit d'en décider. Comme le relève à bon droit l'arrêt de la Cour d'Aix, en matière de maladies nerveuses où les malades ne reçoivent pas forcément et en permanence des soins médicaux au sens strict et où leur séjour dans une clinique ou un asile ne répond souvent qu'à la nécessité d'une vie calme et recluse, l'exeat de l'un d'eux peut devenir nécessaire comme incompatible avec le repos des autres, par exemple. Le transfert dans un autre pavillon ou dans un autre établissement s'impose: le médecin-traitant en est seul juge; a fortiori si, à l'inverse, l'état du malade est devenu compatible avec un retour à la vie de famille. »

Bordeaux, 28 juillet 1902, D.1908.1.574, arrêt rendu contre une mère dont, faute de lits, un établissement hospitalier n'avait pas gardé, après une opération bénigne, l'enfant auquel des pansements étaient encore nécessaires mais qui, fut-il jugé, pouvait la conduire sans risques à l'hôpital pour le faire panser.

Cf. encore Cass.civ., 9 octobre 1956, JCP 1956.11.9562.

F) Le secret professionnel

La direction et le personnel de la clinique sont naturellement tenus au *secret professionnel* comme tous ceux que leur travail fait pénétrer dans l'intimité du patient (23). Le devoir de secret s'étend aux auxiliaires qui ont d'ailleurs souvent une obligation spécifique de se taire, attachée à leur profession paramédicale (24).

En outre, comme le relève à juste titre SAVATIER (25), « le médecin est tenu au secret professionnel à l'égard de la direction de la clinique. S'il fait dresser des fiches d'observation sur les malades par le personnel de la clinique, il n'a donc pas à les communiquer aux services administratifs de l'établissement. Mais, comme toujours, le secret doit s'interpréter en fonction de l'intérêt du malade. Et celui-ci exige que le médecin révèle au personnel chargé des soins au malade les faits qu'il doit connaître pour exécuter ces soins de manière efficace. Réciproquement d'ailleurs, bien que lui-même tenu au secret professionnel, le personnel infirmier doit révéler au médecin les faits dont la connaissance peut lui être utile. »

Section 2. La responsabilité pour autrui (26)

A) Nécessité pratique de recourir à des auxiliaires

Contrairement à la présomption de l'article 68 CO, l'exécution personnelle est la règle dans le mandat (art. 398, al. 3, CO) tant la prestation du mandataire est liée à ses capacités et à ses compétences : « la personne de l'obligé est essentielle et les parties contractent généralement *intuitu personae* ». Cependant, le principe doit s'accomoder aux nécessités pratiques ; la division du travail dans le monde moderne contraint souvent en effet le débiteur à recourir aux services de tiers pour l'exécution des obligations qu'il assume (27). Dans le domaine médical, la nature même de la prestation incombant au praticien et l'évolution des techniques d'exploration et de traitement de plus en plus nombreuses et de plus

(23) SAVATIER, Traité, p. 408.

(24) L'art. 4 du contrat-type de travail du 16 février 1947 astreint expressément les infirmières et garde-malades au secret (cf. ROLF 1947, pp. 316 ss.).

Selon KOHLHAAS, p. 483,. il faut distinguer deux cas chez les auxiliaires médicaux :

— Les auxiliaires qui secondent le médecin dans son activité médicale proprement dite connaissent, par la nature même de leur travail, des éléments confidentiels ; ils sont tenus au secret (laborantine, infirmière, secrétaire, assistant, etc.).

— D'autres auxiliaires secondent le médecin « von äusserer Art » (chauffeur, femme de ménage, etc.). Cette catégorie n'est pas astreinte au secret. Le médecin engage sa responsabilité si ces auxiliaires révèlent des secrets qu'ils ont pu connaître (le praticien a parlé trop fort, il a oublié de fermer ses dossiers ou a laissé traîner un document, par exemple).

(25) Traité, p. 406.

(26) Pour des raisons purement pratiques, nous désignerons par « responsabilité pour autrui » à la fois la responsabilité de l'employeur en matière délictuelle (art. 55 CO) et celle du maître en matière contractuelle (art. 101 CO), tout en étant conscient des différences existant entre ces deux responsabilités.

(27) ENGEL, p. 498 ; VON TUHR, p. 428 ; KELLER, pp. 116 ss. ; MUSTAFA, pp. 118-119.

en plus complexes obligent toujours davantage le médecin à se faire aider (notamment pour les soins courants prodigués en clinique) par un personnel infirmier compétent (28).

Le recours à des auxiliaires est licite lorsque le mandataire y est autorisé par le mandant, qu'il y est contraint par les circonstances ou que l'usage le lui permet (29). Le législateur a estimé toutefois qu'il convenait, essentiellement pour des raisons d'équité (30), d'aggraver la responsabilité de celui qui emploie des auxiliaires.

B) **La responsabilité du fait d'autrui en droit français** (31)

Notre casuistique concernant le partage des responsabilités entre la clinique, ses auxiliaires et les médecins de l'équipe opératoire est tirée en bonne partie de la jurisprudence française. Aussi nous a-t-il paru nécessaire de résumer brièvement la réglementation française concernant la responsabilité du fait d'autrui.

L'article 1384, par. 5, du Code civil français établit une présomption de faute, notamment contre les maîtres et commettants pour le dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. Ainsi, le médecin (32) est civilement responsable des fautes comises par les

(28) SAVATIER, Traité, p. 262; LOEFFLER, p. 104; ENGEL, p. 498; PHARAON, pp. 125-126; FROGE, p. 77.

Toutefois, la prescription, la direction et la surveillance (virtuelle) des soins incombent toujours au médecin (SAVATIER, Traité, p. 262; VON TUHR, p. 428).

(29) MUSTAFA, pp. 118-119.

Le recours à un auxiliaire est illicite quand:

— Le médecin a confié à son auxiliaire des tâches exclusivement réservées par la loi ou par l'usage au médecin, au lieu d'exécuter l'obligation personnellement.

— Le médecin recourt à des auxiliaires incompétents ou non qualifiés par leurs diplômes ou ne remplissant pas les conditions exigées par la loi pour exercer cette profession.

Le débiteur commet alors une faute contractuelle; il répond de tout dommage causé par l'utilisation illicite d'un tiers, en vertu du principe général de l'art. 97 CO, et il n'est pas nécessaire de rechercher si une faute est imputable à l'auxiliaire: en effet si le débiteur n'avait pas contrevenu à ses obligations en recourant à ce tiers, le dommage ne se serait peut-être pas produit (VON TUHR, pp. 519-520; DESCHENAUX, La responsabilité civile du médecin et de ses auxiliaires, dans Bulletin des médecins suisses, N° 26, du 28 juin 1972, p. 868; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 944; SAVATIER, Traité, pp. 214, 304, notes 118 et 414; HERMAN, p. 120; VON TUHR, p. 520; CUENDET, pp. 181-182).

(30) Sur les fondements de l'aggravation de la responsabilité du fait d'autrui, cf., entre autres, CUENDET, p. 184; ENGEL, p. 359; VON TUHR, p. 500; LOEFFLER, p. 105; DESCHENAUX et TERCIER, p. 95; A.-G. BEZZOLA, La responsabilité du débiteur à raison du dommage causé par ses auxiliaires dans l'exécution d'une obligation (art. 101 CO), thèse Genève, 1937, pp. 39 ss., 88 ss., 98 ss.

(31) E. BECQUE, «De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle» dans Revue trimestrielle de droit civil, T. XIII, 1914, p. 267; A. WEILL, Droit civil: les obligations, Dalloz 1971, pp. 652 ss.; G. CAZAC, La responsabilité du médecin du fait des infirmières, dans Le Concours Médical, 21 mai 1955; L. KORNPROBST, Les auxiliaires médicaux, Paris Masson; F. MARCOUX, La responsabilité du médecin lors de l'exécution des actes médicaux par des auxiliaires qualifiés, Congrès de Morale Médicale, Paris, mai 1966, p. 172; H. VERDUN, La responsabilité des médecins du fait de leurs auxiliaires, dans Ann.Méd.Lég., février 1934; CAILLOL-BORGEAUD, La situation juridique de l'infirmière, thèse Aix, 1936; A. PEYTEL, La responsabilité des chirurgiens du fait d'autrui, dans la Vie Médicale, 10 juin 1945, p. 121; du même auteur, La médecine et la responsabilité du fait d'autrui, dans Paris-Médical, 10 septembre 1949.

(32) Il en va de même pour la clinique.

auxiliaires (assistants, infirmier(e)s, aides, etc.) qui participent à l'activité médicale (33).

L'application de l'article 1384 du Code civil français suppose la réunion de trois conditions:

1) *Un lien de subordination* est indispensable pour que le praticien réponde des fautes commises par ses auxiliaires. La subordination du préposé implique le droit — et la possibilité de fait — pour le commettant de donner à ses aides des ordres et des instructions, précises ou générales, sur la manière dont ils doivent remplir les fonctions auxquelles ils sont employés et «le devoir corrélatif d'exercer un contrôle» (35). Une rémunération ou l'existence d'un contrat ne sont en revanche pas nécessaires pour assurer ce lien de subordination (36).

2) L'acte dommageable doit constituer *une faute du préposé*. Le cas fortuit, la faute concurrente du lésé, etc., qui diminuent la responsabilité du préposé, doivent aussi profiter au commettant. En effet, dès que quelqu'un exécute une obligation par l'intermédiaire d'un tiers, tout se passe comme si c'était le débiteur lui-même qui agissait (37).

3) La faute doit avoir été commise *dans l'exercice des fonctions* auxquelles le préposé était employé. La jurisprudence récente concernant l'abus de fonction (c'est-à-dire lorsque le préposé a dépassé ou détourné ses fonctions) exige en plus un *lien de connexité* entre la fonction et le fait dommageable (38).

(33) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 339-340; HERMAN, p. 120; DEROBERT, p. 277; MARCOUX, Droit médical et déontologie, Librairie Maloine, Paris 1970, pp. 243-245.

(34) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 917; A. WEILL, «Droit civil: les obligations», Dalloz 1971, p. 667.

Cass.civ. 8 mai 1908, D.P. 1909 I 130; Cass.req. 24 janvier 1923, D.P. 1923 I 55; Cass. crim. 15 mars 1923, D.P. 1923 I 137; Cass.civ. 7 avril 1924, D.H. 1924.373; Cass.req. 21 octobre 1942, D.A. 1943.21.

(35) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 918; du même auteur, Le contrat de soins, N° 340; SAVATIER, Traité, p. 303.

(36) FROGE, p. 89.

A. WEILL (Dalloz), op.cit., p. 668: «Le lien de préposition résulte le plus souvent d'un louage de services, du contrat de travail dont il est la caractéristique essentielle; l'article 1384 cite comme exemple-type de préposé, les domestiques. La même qualité appartient incontestablement aux ouvriers et employés liés à leur patron par un contrat de travail, indépendamment de leur mode de rémunération.

Mais tout contrat, impliquant un travail en commun ou même un travail fait pour autrui, n'implique pas forcément l'existence d'un lien de commettant à préposé.»

(37) FROGE, p. 89; BRUNHES, p. 30; PHARAON, p. 115.

A. WEILL, op.cit., p. 670-675: «Dès lors que la victime a établi que les conditions de la responsabilité du fait des préposés sont réunies (faute commise par le préposé dans l'exercice de ses fonctions), la responsabilité du commettant est engagée. L'article 1384 n'autorise pas le commettant à se libérer de la responsabilité qui pèse sur lui, en prouvant qu'il n'a pas commis de faute et qu'il n'a pu empêcher le fait dommageable (...) Le commettant ne pourra donc écarter les conséquences de l'article 1384 qu'en démontrant que le fait de son préposé est dû en réalité à un cas de force majeure ou à la faute exclusive d'un tiers ou de la victime, faute que le préposé lui-même ne pouvait ni prévoir, ni empêcher.» (loc.cit., p. 675).

PHARAON, p. 128, note que le médecin ne peut pas dégager sa responsabilité en prouvant qu'il n'a pas commis de faute.

(38) FROGE, p. 89; PHARAON, p. 125.

A. WEILL (Dalloz), op.cit., pp. 671-674:

«Il faut que le préposé ait causé le dommage *dans l'exercice des fonctions* auxquelles il est employé. Ainsi le maître est responsable de l'accident causé par le chauffeur qui conduit une automo-

Auparavant, la jurisprudence exigeait que le commettant ait, sinon *choisi*, du moins *agréé* son préposé. La jurisprudence actuelle ne fait toutefois plus du libre choix — qui n'est pratiquement plus possible dans l'organisation moderne du travail — une condition de la responsabilité du commettant pour ses préposés (34).

Le lésé dispose de deux actions, l'une contre le préposé, en vertu de l'article 1383 du Code civil français, l'autre contre le commettant sur le fondement de l'article 1384, par. 5. Le commettant et le préposé coresponsables sont tenus d'une obligation *in solidum* (39).

C) La responsabilité du fait d'autrui en droit suisse

Le Code des obligations résoud de deux manières différentes le problème de la responsabilité du fait d'autrui:

— *En matière délictuelle,* l'idée sur laquelle se fonde l'art. 55 CO est que celui qui emploie des personnes dans son propre intérêt et qui tire profit de leur travail doit aussi répondre des dommages qu'elles peuvent causer. Il s'agit d'une res-

bile, le chef d'entreprise, de la faute commise par l'ouvrier qui travaille pour lui. A l'inverse, le commettant n'est pas responsable des actes délictueux commis par son préposé en dehors de ses fonctions, n'ayant aucun rapport avec elles.

Mais il est plus délicat de se prononcer lorsque l'acte constitue seulement un *abus* de fonction, c'est-à-dire lorsque, bien que ne rentrant pas dans les attributions confiées par le commettant à son préposé, il s'y rattache par un élément ou une circonstance qui empêche un tiers de l'en distinguer à première vue avec certitude. Exemples: un chauffeur, à l'heure du travail, cause un dommage à une personne qu'il avait laissé monter par complaisance dans le camion de son patron; un employé de banque du service des titres spécule avec les titres des clients de la banque.

Les tribunaux n'ont pas permis au commettant de s'exonérer de la présomption de responsabilité que l'article 1384, al. 5, fait peser sur lui, en prouvant que le préposé avait dépassé ou détourné ses fonctions, ou même qu'il lui avait formellement interdit d'accomplir l'acte litigieux; ils ont invoqué l'*ignorance* dans laquelle étaient les victimes que le préposé a agi en dehors de ses fonctions et, par conséquent, sous sa seule responsabilité, et leur *bonne foi* en raison de l'*apparence* trompeuse de l'acte.»

«La jurisprudence, spécialement celle de la chambre criminelle de la Cour de Cassation, s'est développée dans un sens très extensif. L'abus de fonction a été considéré comme engageant la responsabilité du commettant, soit que la fonction ait fourni l'instrument, soit qu'elle en ait été seulement l'occasion.

Les critiques formulées contre une jurisprudence aussi extensive ont entraîné de la part des chambres civiles une tendance restrictive, car il pouvait paraître excessif d'obliger le commettant à réparer dès que les fonctions du préposé lui ont permis ou facilité l'acte dommageable. Dans un arrêt du 1er juillet 1954 (D.1954.628), la Cour de Cassation, dans une espèce relative à un vol et à un incendie perpétrés au préjudice de l'occupant d'une villa par le gardien, préposé du propriétaire, a observé que le préposé ne pouvait être regardé ici comme ayant agi pour le compte du commettant, ce qui évoque la représentation, et elle exige un *lien de causalité ou de connexité* entre la fonction et le fait dommageable. (...) Mais il semble bien que ce critère conduise à écarter la responsabilité lorsque le préposé a agi contre les ordres du commettant, ou même quand son acte s'est écarté du but de la fonction, au point de n'avoir même pas un rapport apparent avec elle, bien qu'elle ait pu fournir les moyens qui ont permis de causer le dommage.»

(39) A. WEILL, op. cit., pp. 674 et 676.

SAVATIER, Traité, p. 303: «Le commettant, qui a indemnisé la victime, se trouve dans la situation de celui qui a payé pour d'autres et il est donc subrogé dans les droits de la victime contre le préposé: il a un recours contre lui. L'action récursoire du commettant est d'ailleurs rarement exercée, compte tenu des mœurs et du fait que la plupart des commettants sont assurés.»

ponsabilité objective, en ce sens qu'elle ne suppose pas une faute de la part du préposé, mais seulement la violation d'un devoir de surveillance objectivement circonscrit (gewöhnliche Kausalhaftung) (40). La preuve libératoire de l'article 55 CO atténue la rigueur de la responsabilité de l'employeur; c'est pourquoi on parle souvent de responsabilité causale tempérée ou mitigée (41).

— *En matière contractuelle*, c'est le principe de la non-transmissibilité des obligations qui est à l'origine de la responsabilité du débiteur; on considére et on apprécie la situation comme si c'était le commettant qui avait agi (42).

Section 3. La responsabilité de l'employeur à raison d'actes illicites de ses employés (43)

A) Généralités

L'article 55 CO concerne la responsabilité du commettant pour les dommages causés par son préposé quand il n'existe pas de lien contractuel entre le lésé et le commettant; l'alinéa 1 de cet article (44) prévoit que « l'employeur est responsable du dommage causé par ses travailleurs ou ses autres auxiliaires dans

(40) CUENDET, pp. 184 et 188; VON BUEREN, p. 255; ENGEL, pp. 359 ss.; OFTINGER, I, pp. 19 ss., 28 ss., II/1, pp. 1 ss., pp. 95 ss; VON TUHR, pp. 353 et 525; BECKER, N° 1 ad art. 55. RO 96 II 27 = JdT 1970 I 522; RO 97 II 221 = JdT 1972 I 365; RO 97 II 339 = JdT 1972 I 636.

(41) ENGEL, p. 359; LOEFFLER, pp. 100-101; VON TUHR, p. 352.

La possibilité de fournir une preuve libératoire ou non n'est pas la seule différence de règlementation entre les art. 55 et 101 CO. En effet, le cercle des personnes dont répond le débiteur est plus étendu dans l'art. 101. En outre, dans le cadre de l'art. 55, le lésé peut s'en prendre soit à l'employé, soit à l'employeur, ces deux défendeurs se trouvant dans un rapport de solidarité imparfaite. Lorsqu'en revanche il s'agit d'un auxiliaire qui exécute mal une obligation incombant au débiteur et que cette inexécution ne constitue pas également un acte illicite, le créancier ne peut s'en prendre qu'à son débiteur; il n'a aucune action contre l'auxiliaire auteur du dommage, faute d'un lien de droit. Enfin, l'application de l'art. 43 CO, dans le cadre des art. 55 ou 101 CO, est différente (CUENDET, p. 180; ENGEL, p. 498).

Un point sur lequel tout le monde semble d'accord, c'est que cette responsabilité est indépendante de la faute de celui qui répond (employeur, débiteur) aussi bien en matière délictuelle qu'en matière contractuelle, quoique ce soit pour des raisons différentes (CUENDET pp. 181-182).

(42) CUENDET, pp. 180 et 188; VON BUEREN, pp. 252 ss.

(43) Cf., infra, note 44.

BECKER, ad art. 55 CO; VON BUEREN, pp. 252 ss.; GILLIARD, Rapport, pp. 295 ss.; KELLER, pp. 116 ss.; OSER et SCHOENENBERGER, ad art. 55 CO; VON TUHR, pp. 378 ss.; OFTINGER, II/1, pp. 95 ss.; J. CHAMOREL, La responsabilité de l'employeur pour le fait de ses employés en matière extra-contractuelle, thèse Lausanne 1925; E. GAYLER, Die ausservertragliche Haftung für Hilfspersonen, thèse Zurich 1944; H. NATER, Die Haftpflicht des Geschäftsherrn gemäss OR 55 angesichts der wirtschaftlichtechnischen Entwicklung, thèse Zurich 1970; MAAG, Zivilrechtliche Haftung für schädigendes Verhalten Dritter, thèse Zurich 1924; R. TENDLER, Le rapprochement des droits français et suisse en matière de responsabilité des commettants du fait de leurs préposés, dans Rev.int.dr.comp., 1972, pp. 677 ss.

(44) Le texte de l'art. 55 CO a subi une modification de caractère rédactionnel en 1971. Toutefois, bien que la nouvelle loi sur le contrat de travail, qui fait partie intégrante du CO, ne parle plus d'« employés » mais de « travailleurs », nous continuerons tout de même à parler d'« employés » puisque la bibliographie sur laquelle nous nous appuyons concerne des ouvrages parus avant cette modification.

l'accomplissement de leur travail, s'il ne prouve qu'il a pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner un dommage de ce genre ou que sa diligence n'eût pas empêché le dommage de se produire».

L'employeur est toute personne physique ou morale qui, dans ses affaires professionnelles ou privées, charge un tiers qui lui est subordonné d'accomplir une tâche; le terme d'«employeur» n'est donc pas utilisé dans le sens strict du contrat de travail et il ne suppose pas forcément l'exploitation d'une entreprise (45).

B) Conditions d'application de l'article 55 CO

La responsabilité prévue par l'article 55 CO n'est engagée qu'aux conditions suivantes (46):

1) Les principes généraux de la responsabilité prévus par l'article 41 CO sont objectivement applicables; il faut notamment que *l'employé ait commis un acte illicite* (47).

2) La doctrine et la jurisprudence dominantes admettent qu'une faute de l'employé n'est pas nécessaire; c'est l'attitude de l'employeur et non celle de l'employé qui est prise en considération (48).

Toutefois, il faudra tenir compte de la gravité de la faute du préposé si la victime, ou ses proches en cas de décès, réclament une indemnité à titre de réparation du tort moral (49).

Il faudra également examiner la faute de l'employé quand le lésé encourt une part de responsabilité dans la survenance du dommage. «La comparaison des fautes respectives doit permettre d'apprécier les circonstances dont dépend l'étendue de la réparation» (50).

3) L'application de l'article 55 CO implique *un lien de subordination* entre le commettant et le préposé. Peu importe la qualification du contrat dont il découle; il peut même s'agir d'un rapport de fait résultant d'un contrat oral ou tacite, onéreux ou gratuit, voire d'une quelconque relation durable ou occasionnelle entre

(45) DESCHENAUX et TERCIER, La responsabilité civile, p. 99; VON TUHR, p. 351.
RO 41 II 94 = JdT 1916 I 6; RO 46 II 122 = JdT 1920 I 455.

(46) RO 72 II 255 ss. = JdT 1947 I 202; RO 77 II 308 ss. = JdT 1952 I 303.

(47) ENGEL, p. 361; CUENDET, p. 183; LOEFFLER, p. 101; VON TUHR, p. 352; DESCHENAUX et TERCIER, pp. 98-99.
RO 95 II 93 SS. = JdT 1970 I 331.

(48) CUENDET, pp. 182 et 183; ENGEL, p. 525; LOEFFLER, p. 201; VON TUHR, p. 352; OSER et SCHOENENBERGER, ad art. 55, N° 18; OFTINGER, II/1, pp. 147 ss.; BECKER, ad art. 55, N° 8.
RO 56 II 287 = JdT 1931 I 402; RO 90 II 86 = JdT 1964 I 560; RO 95 II 93 = JdT 1970 I 331; RO 97 II 221 = JdT 1972 I 365.

(49) Cf. VON TUHR, p. 354, ainsi que la doctrine et la jurisprudence citée par l'auteur aux notes 23a et b.

(50) ENGEL, p. 363.
RO 95 II 93 = JdT 1970 I 330; RO 57 II 36 = JdT 1931 I 322 (Réduction de l'indemnité pour faute légère de l'employé); RO 49 II 439 = JdT 1924 I 105 (prédisposition de la victime).

deux personnes, pourvu qu'existe un pouvoir effectif de commandement (51).
4) L'existence du lien de subordination ne suffit pas à engager la responsabilité de l'employeur. Il faut encore que l'auteur du dommage ait agi dans *l'accomplissement de son travail*, confié par l'employeur, et *non à l'occasion de ce travail*, sinon le dommage n'aurait alors qu'un rapport purement extérieur de lieu ou de temps avec le travail: le préjudice doit donc être dans un rapport « de corrélation étroite, directe et fonctionnelle » avec l'accomplissement de la tâche assignée au préposé par le commettant (52).

C) La preuve libératoire

Lorsque les quatre conditions énoncées sous litt. B sont réunies, l'employeur répond en principe du dommage causé par le préposé. La loi lui permet cependant de se libérer en apportant l'une des deux preuves prévues par l'article 55 CO (53).

La première preuve suppose que le commettant ait pris tous les soins commandés par les circonstances pour détourner le dommage, notamment les trois précautions suivantes (54):

a) *Il a choisi* avec toute l'attention nécessaire *ses employés* (cura in eligendo) et il s'est assuré qu'ils possédaient les qualités, les connaissances, les compétences et l'expérience appropriées au travail confié (55).

b) *Il les a instruits de leurs tâches* (cura in instruendo) leur a donné les prescriptions et les ordres nécessaires à l'accomplissement de leur travail, en tenant compte de la difficulté de la tâche et de la formation du préposé (56). Notons encore que l'employeur doit *remettre à ses employés du matériel en bon état*, leur donner les instruments nécessaires à l'exécution de leurs tâches et veiller à ce que son entreprise jouisse d'une bonne organisation (57).

(51) CUENDET, p. 180; DESCHENAUX et TERCIER, p. 99; ENGEL, p. 360; VON TUHR, p. 352.
Le lien de subordination peut être indirect. L'employeur est aussi responsable du dommage causé par un préposé, même si ce dernier était surveillé par un auxiliaire intermédiaire (DESCHENAUX et TERCIER, pp. 100-101; OFTINGER, II/1, p. 139; RO 31 II 701; RO 48 II 56; RSJ 67/1971, p. 79.)

(52) VON BUEREN, p. 399; OSER et SCHOENENBERGER, N° 15 ss., ad art. 55 CO; BECKER, N° 5 ss., ad art. 55; VON TUHR, p. 352; OFTINGER, II/1, pp. 144 ss.; LOEFFLER, p. 101; A.G. BEZZOLA, op.cit., p. 80; CUENDET, p. 183; ENGEL, p. 361.
RO 57 II 36 = JdT 1931 I 332 ainsi que la jurisprudence citée par DESCHENAUX et TERCIER, p. 102.

(53) CUENDET, p. 186; DESCHENAUX et TERCIER, p. 102; THILO, p. 10.

(54) ENGEL, pp. 362-363; VON TUHR, pp. 352-353 et 519; CUENDET, p. 186; LOEFFLER, p. 102.

(55) RO 43 II 181; RO 47 II 333; RO 49 II 364 = JdT 1924 I 191; JdT 1943 I 165; RO 72 II 255 = JdT 1947 I 202; RO 81 II 223 = JdT 1956 I 541; RO 90 II 86 = JdT 1964 I 560; RO 96 II 27 = JdT 1971 I 522.

(56) RO 32 II 508; RO 50 II 489 = JdT 1925 I 273; RO 77 II 308 = JdT 1952 I 303; RO 95 II 93 = JdT 1970 I 330; RO 96 II 27 = JdT 1971 I 522.

(57) CUENDET, p. 186; GILLIARD, Rapport, pp. 296 ss.

c) *Il a surveillé ses préposés* de manière appropriée dans l'accomplissement de leur travail (cura in custodiendo). Il s'agit d'une surveillance effective, effectuée à bon escient, aussi souvent que les circonstances l'exigent, mais pas nécessairement d'une surveillance constante, surtout si les auxiliaires sont qualifiés (58).

Les critères appliqués par la jurisprudence sont très restrictifs (59):

— La mesure de la diligence s'apprécie toujours objectivement (60).

— La diligence requise doit être envisagée concrètement, c'est-à-dire en fonction de toutes les circonstances du cas (61).

La seconde preuve libératoire consiste à établir que la diligence du commettant n'eût pas empêché le dommage de se produire; il s'agit en somme de démontrer l'absence de lien de causalité entre le défaut de diligence et le préjudice (62).

Notons enfin que certains auteurs (63) ont estimé que la réglementation de l'article 55 CO n'était plus adaptée aux conditions sociales, économiques et techniques actuelles, notamment la faculté offerte à l'employeur de fournir la preuve libératoire qui qui dégage sa responsabilité.

D) Le recours de l'employeur contre l'employé

L'article 55, al. 2, CO, confère au commettant qui a indemnisé la victime un recours contre l'employé fautif, auteur du dommage. Dans la plupart des cas, ce recours se fonde aussi sur le rapport contractuel qui lie l'employeur à son subordonné (64).

(58) RO 41 II 494 = JdT 1916 I 6; RO 72 II 255 = JdT 1947 I 202; RO 77 II 308 = JdT 1952 I 303.

(59) DESCHENAUX et TERCIER, p. 103.

Sur ces questions, cf. notamment RO 34 II 266; RO 56 II 283 = JdT 1931 I 400; RO57 II 36 = JdT 1931 I 322; RO 58 II 29 = JdT 1932 I 359; RO 72 II 255 = JdT 1947 I 202; RO 90 II 86 = JdT 1964 I 560; RO 96 II 27 = JdT 1970 I 522; RO 97 II 221 = JdT 1972 I 365.

(60) L'employeur ne doit pas prendre toutes les mesures objectives et subjectives propres à éviter le dommage (coût disproportionné, mesures encore mal connues, etc.). On ne peut exiger que le soin et l'attention qu'il est raisonnable de requérir, selon l'opinion générale des gens compétents, avant ou au moment de l'emploi de la force auxiliaire. En définitive, on peut demander des mesures adéquates, compte tenu de l'état de la technique, des connaissances et des circonstances. On ne peut non plus exiger de l'employeur toutes les précautions dont il apparaît après-coup seulement qu'elles auraient pu détourner le dommage par une mesure qui ne paraissait pas nécessaire au moment de l'acte. On peut seulement exiger les mesures objectivement commandées par les circonstances. Il faut éviter le danger d'analyser rétrospectivement le cas et de requérir des précautions auxquelles l'employeur ne pouvait pas penser. Enfin, il importe peu que l'employeur ait été empêché sans sa faute de prendre certaines précautions, à la suite d'une maladie ou d'une incapacité momentanée de discernement (CUENDET, p. 103; BEZZOLA, p. 84; VON TUHR, pp. 352-353; LOEFFLER, p. 102; OSER et SCHOENENBERGER, N° 24 ad art. 55; OFTINGER, II/1, pp. 157 ss.)

(61) Il faut notamment tenir compte de la nature de l'entreprise, des possibilités techniques et économiques, du risque plus ou moins grand que comporte le travail de l'employé. S'agissant de la vie de quelqu'un, le patron doit déployer une diligence toute particulière. Le genre de surveillance s'apprécie selon la nature du travail. Plus la qualification professionnelle de l'employé est élevée, plus le patron doit pouvoir lui laisser une certaine autonomie (CUENDET, p. 103; VON TUHR, pp. 352-353; RO 64 II 254 = JdT 1939 I 42; SJ 1945, p. 49).

(62) ENGEL, p. 363; CUENDET, p. 183; VON TUHR, p. 354; LOEFFLER, p. 102.

A ce sujet, cf. également RO 34 II 266; RO 56 II 289 = SJ, 1931 46; RO 57 II 36 = JdT 1931 I 322; RO 64 II 254 = JdT 1939 I 42; RO 70 II 215 = JdT 1945 I 41; RO 97 II 221 = JdT 1972 I 365.

(63) Cf. entre autres GILLIARD, Rapport, pp. 295 ss.

E) La responsabilité délictuelle de l'employé

Le lésé a une action directe contre l'employé si ce dernier a commis une faute. Dans cette éventualité, la victime peut s'en prendre soit au préposé, en vertu de l'article 41 CO, soit à l'employeur, si les conditions de l'article 55 CO sont réunies, soit à l'un et à l'autre qui seront alors solidairement responsables aux termes de l'article 51 CO (65).

Section 4. La responsabilité du débiteur à raison de ses auxiliaires en matière contractuelle (66)

L'article 55 CO n'est pas applicable en matière contractuelle du moment qu'existe l'article 101 CO. Il est logique et équitable que le débiteur réponde du tiers à qui il a confié le soin d'exécuter à sa place tout ou partie de son obligation contractuelle (67).

A) La notion d'auxiliaire

On appelle auxiliaire, au sens de l'article 101 CO, toute personne (employé, proche ou personne vivant en ménage avec le débiteur) qui assume le soin d'exécuter l'obligation (68) du débiteur appelé le maître, sur ses instructions ou avec son consentement exprès ou tacite (69). Le cercle des auxiliaires en matière contractuelle est plus large que celui des employés dans le domaine délictuel (70).

Le médecin exerçant à titre privé répond ainsi du dommage causé par ses assistants, ses infirmier(e)s et ses aides (71).

(64) VON TUHR, p. 355; DESCHENAUX et TERCIER, p. 96; ENGEL, p. 363; LOEFFLER, p. 103.

L'employeur peut perdre son droit de recours, totalement ou partiellement, s'il a commis de son côté une faute envers son employé, en lui donnant par exemple des instructions inadéquates ou des outils défectueux ou en lui cachant le caractère illicite de l'acte dont il l'a chargé.

(65) VON TUHR, p. 355; LOEFFLER, p. 105; ENGEL, p. 363; CUENDET, p. 180; DESCHENAUX et TERCIER, p. 96.

(66) OSER et SCHOENENBERGER, ad art. 101 CO; BECKER, ad art. 101 CO; VON BUEREN, pp. 394-401; VON TUHR, pp. 519-527; OFTINGER, I, pp. 110-113; BEZZOLA, op.cit.; KELLER, pp. 318-323; KOHLHAAS, pp. 547-549; GAUTSCHI, pp. 412 et 428-432.

(67) ENGEL, p. 500; VON TUHR, p. 519; DESCHENAUX et TERCIER, p. 97.

(68) Ou d'exercer un droit du débiteur.

(69) MUSTAFA, p. 125; VON TUHR, p. 520; CUENDET, p. 180; LOEFFLER, p. 103; P. PIOTET, «Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse», Berne 1963, p. 65.

RO 70 II 215 = JdT 1945 I 41; SJ 1953, p. 353 = rés. JdT 1955 I 509.

(70) VON TUHR, p. 520; CUENDET, p. 188; LOEFFLER, p. 103.

(71) THILO, Resp. du médecin, p. 10; ROSENSTIEL, FJS 846, p. 2.

RO 26 II 601; RO 53 II 243; JdT 1947 I 25, note E. THILO.

Cf. GRAVEN, «Le secret médical», dans Médecine et Hygiène», N° 1171, du 26 novembre 1975, p. 1732, définit ainsi l'auxiliaire médical:

1) Un auxiliaire est une personne qui aide le médecin.

2) L'activité de l'auxiliaire n'est pas nécessairement de nature médicale, mais elle se rattache toujours à une activité de ce type.

B) **Les conditions d'application de l'article 101 CO**

1) La responsabilité du débiteur du fait de ses auxiliaires est engagée, même s'il n'a pas *choisi* lui-même son préposé (72).

2) A la différence de l'article 55 CO, l'article 101 CO ne suppose pas forcément un *lien de subordination* entre le maître et l'auxiliaire (73). Certes, un rapport contractuel durable (contrat de travail ou de mandat, par exemple) lie le plus souvent le commettant au préposé. Mais on considérera également comme auxiliaire toute personne que le débiteur charge d'exécuter son obligation, à titre occasionnel seulement, sans que cette personne soit soumise à son autorité ou se trouve avec lui dans un rapport de service de quelque durée (74).

Selon VON TUHR dont l'opinion reste isolée, le commettant ne répond de son auxiliaire que s'il lui a *confié expressément* une tâche ou le soin d'exécuter l'obligation dont l'inexécution a causé un dommage au créancier (75).

3) Il doit exister un *rapport contractuel* entre le commettant et le créancier (76).

4) L'acte dommageable de l'auxiliaire doit en outre constituer lui-même une *inexécution* ou une mauvaise exécution de *l'obligation contractuelle du maître* (77).

3) L'auxiliaire, même s'il accomplit des actes de nature médicale, ne jouit pas à cet égard de la liberté de décision ou de l'autonomie propres au médecin.

Certains cas ne prêtent pas à discussion. Sont évidemment des auxiliaires toutes les personnes qui accomplissent, à titre professionnel, des actes de nature médicale sur les instructions ou sous la direction d'un médecin, tels les membres du personnel soignant ou le personnel technique d'un laboratoire ou d'un service de radiologie».

L'infirmier(e) est un(e) auxiliaire médical(e) qualifié(e). L'infirmier(e) peut être défini(e) comme une personne possédant une qualification technique acquise au terme d'études spécialisées dont les modalités sont officiellement reconnues par l'Etat, cette personne étant appelée à donner des soins infirmiers qui requièrent au plus haut point du dévouement, une compétence professionnelle élevée et le sens des responsabilités (FROGE, p. 78; MARCOUX, Droit médical et Déontologie, pp. 15 et 24).

L'infirmier(e) est «toute personne qui donne habituellement, soit à domicile, soit dans des services publics ou privés d'hospitalisation ou de consultations des soins prescrits ou conseillés par un médecin» (FROGE, p. 78; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 920).

(72) Il peut paraître injuste que le médecin réponde des fautes commises par des auxiliaires que la clinique lui fournit, mais qu'il n'a pas choisis personnellement. En fait, l'établissement hospitalier qui met à la disposition du chirurgien ou de l'anesthésiste des infirmières peu qualifiées, maladroites ou inexpérimentées, répond de la *culpa in eligendo*. En outre, la jurisprudence a considéré que «lorsqu'il n'a pas choisi ses auxiliaires, le praticien qui n'a pas une très grande confiance en eux devra être lui-même d'autant plus attentif et diligent».

(73) VON TUHR, p. 520; Max SCHNYDER, «Die Haftung des Arztes für seinen Vertreter», dans SJZ 51 (1955), p. 55; ENGEL, p. 499.

Georges ZIMMERMANN, La responsabilité du commissionnaire expéditeur, thèse Lausanne 1955, p. 55: «L'auxiliaire, au sens de l'art. 101 CO, n'est pas nécessairement un subalterne... il peut donc être une personne de condition indépendante ou l'employé d'une telle personne» (cf. aussi SJ 1945, p. 238).

(74) VON TUHR, p. 520; ENGEL, p. 499; MUSTAFA, p. 125.

RO 83 II 231 = JdT 1958 I 349: «Par auxiliaire, on n'entend pas seulement les personnes soumises à l'autorité du débiteur et se trouvant avec lui dans un rapport de service, mais tous ceux à qui il s'en remet du soin d'exécuter son obligation.»

(75) VON TUHR, p. 521.

(76) ENGEL, p. 499; LOEFFLER, p. 103.

5) Le dommage doit avoir été causé au créancier par l'auxiliaire *dans l'accomplissement de son travail* (et non à l'occasion de ce travail), c'est-à-dire « dans le cadre de l'exécution d'une obligation du contrat qui lie le maître au lésé (78) ».

C) La preuve libératoire

Si les conditions énoncées sous litt. B (79) sont réunies, la responsabilité du débiteur est engagée. Le commettant ne peut ainsi dégager sa responsabilité en prouvant simplement, comme à l'article 55 CO, qu'il a pris toutes les mesures commandées par les circonstances, ni en établissant qu'il n'a commis aucune faute dans le choix, dans l'instruction ou dans la surveillance de son auxiliaire (80).

On admet cependant que le débiteur peut s'exonérer s'il prouve la double absence de faute de lui-même et de son auxiliaire (81). Autrement dit, il doit établir que s'il avait lui-même agi à la place de l'auxiliaire, il aurait eu un comportement identique et ceci sans faute (82).

(77) VON TUHR, p. 524; RO 85 II 267 = SJ 1960, p. 417.

RO 90 II 15 = JdT 1965 I 554: « Pour savoir si l'auxiliaire exécute une obligation, il convient de rechercher d'abord quelles sont les obligations assumées par son commettant. »

LOEFFLER rappelle, p. 104, la nécessité d'un lien de causalité entre l'acte de l'auxiliaire et le dommage subi par le créancier.

(78) ENGEL, p. 499; LOEFFLER, p. 103; VON TUHR, p. 524; OSER, ad art. 101. N° 13, ch. 2.

RO 85 II 162 = JdT 1960 I 172: « En prescrivant que le maître répond du dommage causé par ses auxiliaires dans l'accomplissement de leurs fonctions, la loi entend exclure sa responsabilité lorsque l'acte de l'auxiliaire n'a pas été commis *dans l'exécution du contrat*, mais *seulement à l'occasion de l'exécution*. Il ne suffit donc pas qu'il existe entre cette exécution et l'acte dommageable une relation dans le temps et l'espace. Il faut encore que *ce rapport soit fonctionnel :* l'acte dommageable de l'auxiliaire doit constituer lui-même une exécution défectueuse ou une inexécution du contrat. »

RO 92 II 15 = JdT 1966 I 526, c. 3: Le débiteur ne répond de l'acte dommageable causé par l'auxiliaire que « pour autant qu'il soit réellement en relation avec l'exécution du contrat ».

RO 95 II 43 = JdT 1970 I 66: Le débiteur répond du comportement de l'auxiliaire comme du sien propre dès lors que ce comportement est *« en rapport de causalité fonctionnel* avec l'exécution du contrat ».

Cass., 9 mars 1960: « Le préposé est dans l'exercice de ses fonctions lorsqu'il agit en vue de remplir la mission qui lui a été confiée d'atteindre le résultat auquel, de par la décision du commettant, doit tendre son activité ».

(79) Cf., supra, p. 381.

(80) ENGEL, p. 501; LOEFFLER, p. 104.

(81) VON TUHR, p. 526; CUENDET, p. 186.

Rappelons encore qu'avec l'art. 101 CO nous sommes dans le domaine contractuel, que la faute est donc présumée et qu'ainsi la preuve de l'absence de faute appartient au débiteur.

(82) ENGEL, p. 499; CUENDET, pp. 185-186; LOEFFLER, p. 105; PIOTET, Culpa, p. 64; BEZZOLA, op.cit., pp. 96 ss.; VON BUEREN, p. 395.

RO 92 II 15 = JdT 1966 I 526: « Il sied de déterminer si l'employeur, au cas où il aurait lui-même été l'auteur de l'acte dommageable commis par l'auxiliaire, en aurait été responsable contractuellement. »

RO 82 II 525 = JdT 1957 I 239 et RO 85 II 267 = JdT 1960 I 171: « Le maître peut établir que, s'il avait agi en lieu et place de son auxiliaire avec les aptitudes de celui-ci, on ne pourrait lui faire de reproches. »

RO 77 II 243 = JdT 1952 I 69; RO 92 II 234 = JdT 1967 I 241: « Le débiteur est jugé sur la diligence qu'il aurait dû observer lui-même s'il n'avait pas eu recours à un auxiliaire et non sur la diligence qu'il aurait dû montrer en surveillant l'auxiliaire. »

En principe, le degré de diligence requis de l'auxiliaire sera mesuré uniquement en fonction de la personne du débiteur et non pas de l'auxiliaire: « le maître répond comme s'ils étaient siens des actes et des fautes de l'auxiliaire qu'il met en œuvre pour l'exécution de ses obligations (83) ».

Ainsi:

— le manquement de l'auxiliaire engage la responsabilité du débiteur même si l'on ne pouvait exiger de l'auxiliaire les mêmes qualités, le même degré de diligence;

— inversement, la responsabilité du débiteur n'est normalement pas engagée si le comportement de l'auxiliaire ne peut être *qualifié* de manquement qu'en fonction de critères plus rigoureux que ceux qui eussent été applicables au débiteur lui-même. Il faut toutefois réserver le cas où le créancier était précisément en droit d'attendre du débiteur qu'il s'adjoignît un auxiliaire plus qualifié que lui-même.

D) Le recours du débiteur contre son auxiliaire

Le maître, contraint de réparer le dommage subi par le lésé, jouit d'un droit de recours contre son auxiliaire dans la mesure où ce dernier a commis une faute. Ce recours découle du rapport juridique existant entre le commettant et son préposé (mandat, contrat de travail, gestion d'affaires, etc.); il s'exerce dans les limites et selon les conditions de ce lien de droit. Matériellement parlant, ces actions n'ont cependant pas beaucoup de chances de succès bien qu'elles restent, théoriquement du moins, toujours possibles (84).

(83) ENGEL, p. 499; ROSENSTIEL, FJS 846, p. 2; DESCHENAUX, La responsabilité civile du médecin et de ses auxiliaires, dans Bull, des médecins suisses, N° 26, du 28 juin 1972, p. 868. RO 53 II 425 = JdT 1928 I 589; RO 80 II 247.

ENGEL, p. 500: « Le maître ne peut se disculper en raison de circonstances personnelles à son auxiliaire (p.ex. la faiblesse d'esprit, le jeune âge, la sénilité, l'inexpérience de l'auxiliaire, etc.) que lui-même, débiteur, ne pourrait invoquer à son profit. »

VON TUHR, p. 526: « Pour le champ d'application spécial de l'art. 101 (emploi licite d'un auxiliaire), ce serait se montrer d'une sévérité excessive et presque incompréhensible envers le débiteur que de suivre à la lettre le nouveau texte légal. Il est, à la vérité, équitable que le débiteur doive répondre des actes de ses auxiliaires comme de ses propres actes; mais il n'y a pas de raison de le rendre responsable à raison d'un acte de l'auxiliaire, lorsque cet acte, commis par le débiteur lui-même, ne l'obligerait pas à payer des dommages-intérêts. Ainsi, pour quel motif le voiturier qui fait conduire sa voiture par un domestique serait-il responsable d'un accident purement fortuit? Il n'encourrait aucune responsabilité si cet accident était arrivé alors qu'il conduisait lui-même. *Le médecin qui a administré lui-même le chloroforme à un patient et voit celui-ci succomber à la narcose n'est pas responsable s'il n'a commis aucune faute d'ordre technique; pourquoi le serait-il s'il avait confié à son assistant le soin d'endormir le patient, ce qui n'a rien de déraisonnable?* Si l'on admettait une responsabilité aussi étendue, on blesserait profondément notre sens du droit et l'on entraverait par des responsabilités très rigoureuses le jeu du système si désirable et souvent absolument nécessaire de la division du travail; il faut donc, à mon avis, voir dans le nouveau texte de l'art. 101 une erreur de rédaction et appliquer cet article dans le sens qu'il avait avant la revision. »

(84) ENGEL, p. 502; VON TUHR, pp. 526-527; DESCHENAUX et TERCIER, p. 97.

E) **L'action du créancier contre l'auxiliaire** (85)

L'auxiliaire et le créancier lésé ne sont liés par aucun rapport contractuel. Une prétention directe de la victime dontre l'auxiliaire ne peut donc trouver son fondement que si ce dernier a commis un acte illicite et une faute selon l'article 41 CO. Dans ce cas, le créancier aura une action contractuelle contre le débiteur et délictuelle contre l'auxiliaire. Il y aura solidarité imparfaite entre le maître et son préposé.

F) **Le remplaçant du médecin** (86)

Les nécessités de sa vie professionnelle et personnelle contraignent parfois le médecin à s'absenter et à suspendre temporairement l'exercice de sa profession. Le praticien doit alors prendre les mesures nécessaires pour que ses patients ne souffrent pas de son absence momentanée, notamment en s'assurant de la présence d'un confrère qui le remplacera (87). Comme le note SAVATIER (88), « c'est pratiquement une atténuation inévitable, mais certaine, au principe déontologique de la liberté de choix du médecin par le malade. Sans doute, celui-ci peut théoriquement refuser le remplaçant pour s'adresser ailleurs. Mais ce n'est guère qu'une liberté théorique ».

D'après l'article 398, al. 3, CO, une substitution est licite dans les trois cas suivants (89):

1) lorsque le patient a donné, expressément ou de manière tacite, son consentement et encore si aucune urgence ou nécessité absolue n'a contraint le malade à accepter, à contre-cœur, la présence du remplaçant, ceci afin d'éviter un dommage plus grave;

2) si le médecin est obligé par les circonstances de faire appel à un remplaçant parce qu'il est empêché d'agir lui-même;

(85) ENGEL, pp. 501-502; VON TUHR, p. 527; LOEFFLER, p. 105; CUENDET, p. 180; DESCHENAUX et TERCIER, p. 97; DESCHENAUX, op.cit., supra, note 83, p. 869.

RO 70 II 215 = JdT 1945 I 41.

(86) A. GUILLON, Le remplacement médical, Ed. Expansion scientifique française 1955; P. BOUDIN, Du contrat de remplacement, dans Concours Médical, 2 décembre 1928; du même auteur, « Nature juridique du contrat de remplacement médical », dans Semaine Juridique, 1933, p. 861; du même auteur, « Responsabilité du remplacé pour les actes professionnels du remplaçant », dans Concours Médical, 14 février 1937; DOURIEZ, En marge des contrats-types: le remplacement, dans « Concours Médical, 19 juillet, 2 août et 24 octobre 1947; DUCHESNE, Le remplaçant exerce sous sa seule responsabilité, dans Concours Médical, 15 avril 1934; MIGNON, Le médecin remplacé n'est pas responsable des fautes professionnelles de son remplaçant, dans Concours Médical, 24 avril 1938; G. CAZAC, La nature juridique du contrat de remplacement, dans Concours Médical, 1950, p. 1917; J. SAVATIER, La profession libérale, p. 168.

(87) SAVATIER, Traité, p. 366.

(88) Ibid., p. 262.

Cf. aussi KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 961; GAUTSCHI, p. 419.

(89) LOEFFLER, pp. 107-110; VON TUHR, pp. 428 et 521-522.

Cf. art. 42 LOS: « Le médecin qui désire s'adjoindre un assistant ou se faire remplacer doit en obtenir l'autorisation du Département de l'intérieur, lequel en fixe la durée. Cette autorisation est renouvelable. L'assistant ou le remplaçant doit être porteur du diplôme fédéral ou d'un titre agréé par le Conseil de santé. »

3) si la substitution est permise par l'usage.

Le remplaçant n'est pas un auxiliaire du médecin remplacé dans la mesure où il se charge en lieu et place de celui-ci de l'exécution du contrat de soins et se trouve en rapport contractuel direct avec le patient (90). Ainsi, «le mandataire remplaçant devient le mandataire principal du mandant» (91).

Pour que le remplaçant réponde seul de ses propres fautes — et qu'il ne soit pas un simple auxiliaire du médecin auquel il se substitue — il faut encore qu'il travaille de manière indépendante (92) et qu'il soit autorisé à réclamer personnellement et directement ses honoraires au patient (93).

(90) H.P. FRIEDRICH, Fragen aus dem Auftragsrecht, dans ZBJV 1955, pp. 464-465.

Sur les critères de distinction entre auxiliaire, substitut et remplaçant, cf. notamment: MUSTAFA, pp. 119-131; VON TUHR, pp. 302-303, 427 et 521-522; OSER et SCHOENENBERGER, N° 17 ad art. 399; BECQUE, p. 265; BEZZOLA, p. 63; W. TSCHUDI, Die Haftung für Erfüllungshilfen nach 101 OR, thèse Berne 1949; B. SCHNYDER, die Haftung des Arztes für seinen Vertreter, dans SJZ 51 (1955), p. 105.

Cf. aussi JdT 1947 I 25; RO 53 II 425 = JdT 1928 I 589; SJ 1936, p. 151.

(91) KORNPT, Resp. du médecin, pp. 964-966: La doctrine française estime qu'on ne peut envisager de responsabilité dans le cadre de l'article 1384, par. 1 et 5, du Code civil dans le cas du remplaçant; en effet, à aucun titre le praticien remplacé n'est le commettant de son remplaçant. Le remplaçant n'est pas un mandataire et «ne donne pas ses soins aux malades au nom du remplacé, mais en son nom seul et sous sa seule responsabilité professionnelle».

N'est pas un auxiliaire, mais un remplaçant, la personne que le débiteur charge d'exécuter la prestation due en s'abstenant désormais lui-même de toute activité ou en laissant au tiers le soin de faire le nécessaire. Le débiteur charge de l'exécution un tiers qui devra faire la prestation non pas sous sa direction et sous sa surveillance, mais indépendamment et en son lieu et place; ce tiers s'appelle le substitué. Il ne faut pas confondre ce cas avec celui du recours à un auxiliaire (VON TUHR, pp. 521-522; LOEFFLER, p. 107).

SAVATIER, Traité, pp. 361-362, estime lui aussi que «dans le cas général où le dommage est dû exclusivement à une faute commise par le remplaçant, la responsabilité professionnelle du remplacé ne paraît généralement pas engagée. Elle ne pourrait l'être que s'il était lui-même partie au contrat médical avec le malade. Certains faits pourraient faire croire qu'il en est ainsi: le malade, en cours de traitement avait choisi pour médecin le remplacé et n'accepte les soins du remplaçant que dans la mesure où il est délégué par lui... On pourrait soutenir certes qu'en fournissant ses soins aux patients du médecin remplacé, le remplaçant ne fait qu'exécuter pour le compte de son confrère une obligation contractuelle pesant sur celui-ci... mais, normalement, l'indépendance du remplaçant est plus complète. C'est lui qui se lie contractuellement et personnellement avec les malades qui acceptent des soins. Ces patients qui sont libres de refuser de s'adresser au remplaçant, le choisissent à la place du remplacé quand ils consentent à se faire soigner par lui, et il devient ainsi partie au contrat médical à la place du confrère qu'il remplace. Il jouit d'ailleurs d'une autonomie complète dans le choix et la conduite du traitement.

(92) En Suisse, il doit être titulaire d'un diplôme fédéral de médecine et d'une autorisation cantonale générale de pratique.

(93) PHARAON, p. 127; LOEFFLER, pp. 108-109.

BOUDIN (cité par KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 965, note 138) estime que «le contrat de remplacement consiste en une convention intervenue entre deux praticiens qui, en matière d'art de guérir, sont égaux en droit, sans subordination de l'un à l'autre; docteurs en médecine ou simples étudiants, dès l'instant où, légalement, ils exercent les fonctions de médecin, ils agissent en toute indépendance, posent un diagnostic en toute liberté, ordonnent un traitement sous leur seule responsabilité; les fiches personnelles établies dans de nombreux cabinets médicaux sur chaque malade et, qu'en s'absentant, le titulaire remet à son remplaçant, ne constituent pas des instructions sur les traitements à suivre; elles lui permettent seulement de s'orienter plus vite, d'éviter des tâtonnements».

D'après la doctrine française, le contrat de remplacement est un contrat «sui generis» (cf. M.-J. RAUZY, Les obligations du médecin, thèse Paris 1939, N° 186 ss.; C. CAZAC, op.cit. à la note 86, supra; DEROBERT, p. 51; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 963).

Le médecin remplacé n'encourt alors qu'une responsabilité restreinte vis-à-vis du malade ; il ne répond que du *choix* (94) du remplaçant (cura in eligendo) et des *instructions* (95) ou des *informations* qu'il lui donne (cura in instruendo) (96).

Section 5. L'autonomie relative des auxiliaires médicaux

Pendant longtemps, les auxiliaires médicaux ont constitué un personnel anonyme et tout à fait subalterne, réduit aux tâches les plus humbles. Les progrès constants de la médecine, son morcellement en spécialités toujours plus nombreuses et sa pratique collective en équipes ont bouleversé les professions paramédicales (97).

Ainsi, l'auxiliaire médical, s'il reste en principe un simple agent d'exécution, possède cependant dans le domaine de son activité propre une formation technique et des connaissances scientifiques souvent très poussées, acquises au terme d'études spécialisées dont les modalités sont officiellement reconnues, qui lui confèrent une certaine initiative et une certaine autonomie dans l'exécution de ses tâches. La qualification et la compétence, sans cesse élargies, des auxiliaires ont pour conséquence « des devoirs accrus qui engendrent des responsabilités qui leur sont propres (...) Plus l'infirmier devient professionnellement compétent, plus il devient responsable devant la loi et susceptible d'être poursuivi personnellement en justice » (98).

(94) SAVATIER, Traité, p. 262, note avec pertinence qu'en principe, le remplaçant devrait être choisi à raison de qualités personnelles et professionnelles justifiant une délégation consentie par le médecin investi de la confiance du patient mais qu'en fait, le choix du remplaçant se fait surtout d'après les disponibilités du monde médical.

(95) S'il est possible d'admettre qu'il a le droit de donner des instructions.

(96) H.P. FRIEDRICH, op.cit. à la note 90 ; MUSTAFA, p. 127 ; VON TUHR, pp. 428, 521-522 ; LOEFFLER, p. 107 ; BAGLIN, p. 40.

SAVATIER, Traité, p. 371 : « Il faudra répondre affirmativement dans le cas où une faute du remplacé serait également à l'origine du dommage, soit qu'il ait choisi son remplaçant avec légèreté, soit qu'il ne lui ait pas donné les indications nécessaires pour assurer la continuité d'un traitement commencé ».

DEROBERT, p. 51 : « Le médecin remplacé doit fournir à son remplaçant les moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission : c'est-à-dire l'instrumentation médicale en bon état, le fichier des malades, les indications sur les aptitudes de sa clientèle ».

BAGLIN, pp. 38-40 : « Cependant, le médecin remplacé peut, dans les cas suivants, encourir une certaine responsabilité :

S'il a posé un diagnostic erroné et s'il a chargé son remplaçant d'administrer au malade le traitement correspondant à la maladie présumée. Sa responsabilité pourra être retenue, mais elle ne sera pas entière. En effet, le remplaçant doit examiner et surveiller personnellement le malade ; il a l'obligation de contrôler les indications données par le médecin qu'il remplace ; il a également pour devoir de suivre l'évolution de la maladie, de rectifier un diagnostic, si ce dernier est reconnu erroné.

S'il a mis à la disposition de son remplaçant des instruments défectueux ou détériorés. Cependant, le remplaçant aurait dû vérifier l'appareil et le degré de culpabilité du remplaçant et du remplacé dans cette faute commune sera une question de fait qu'il appartiendra aux tribunaux de trancher.

S'il a laissé à la disposition de son remplaçant, à l'insu de ce dernier, des médicaments avariés et pouvant occasionner des troubles graves.

S'il n'a pas averti son remplaçant qu'il a fait suivre à un patient un traitement qui souffre d'une contre-indication. »

(97) FROGE, pp. 77 et 82.

Mais, quelles que soient leur spécialisation ou leurs capacités, il ne faut jamais oublier que les auxiliaires médicaux n'ont pour fonction que de prolonger la thérapeutique, de façon plus ou moins durable, et non d'accomplir eux-mêmes l'acte médical. Ils restent « dans un état de subordination vis-à-vis des médecins qu'ils secondent et dont ils reçoivent des directives » (99). Seul le médecin possède le droit d'initiative. C'est à lui seul qu'appartient le droit d'ordonner un traitement et de surveiller son administration ; l'infirmier doit seulement exécuter les prescriptions de l'homme de l'art et l'assister (100).

En France, le législateur a tenté de délimiter « la compétence et l'étendue de la capacité professionnelle des infirmier(e)s en fixant les limites de délégation des tâches qui peuvent être confiées au personnel paramédical » par des arrêtés ministériels ; le premier date du 31 décembre 1947 et le dernier du 6 janvier 1962.

L'arrêté ministériel du 6 janvier 1962 précise à la fois les actes médicaux qui peuvent être pratiqués par l'infirmier(e) et les conditions dans lesquelles certains actes médicaux doivent être effectués. Les actes médicaux sont ainsi classés en trois catégories (101) :

1) *Les actes qui ne peuvent être pratiqués que par les docteurs en médecine* et qui échappent totalement à la compétence de l'auxiliaire. Ils sont énumérés à l'article 2 de l'arrêté ministériel du 6 janvier 1962.

2) La seconde catégorie d'actes médicaux comprend *des actes qui ne peuvent être exécutés par des auxiliaires médicaux qualifiés que sous la responsabilité et la*

(98) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 917 ; du même auteur, Le contrat de soins, N° 341 ; MARCOUX, Droit médical et déontologie, p. 30 ; FROGE, pp. 71, 77, 78 et 82 ; DE VILLE DE GOYET, p. 37.

BRUNHES, p. 63 : « La jurisprudence, très souple, a enfin pris en considération l'évolution dans les rapports entre les divers participants à l'action thérapeutique collective, en s'efforçant de tenir compte de l'autonomie plus ou moins grande qui en était résultée pour tel ou tel d'entre eux. »

FROGE, p. 78 : « Même si la loi reconnaît aux seuls docteurs en médecine, exerçant dans les conditions réglementaires, le droit d'effectuer tous les actes médicaux que requiert l'état pathologique du malade ou la santé de l'individu, la civilisation moderne exigeant la constitution d'une médecine d'équipe ou d'équipe médicale, le législateur a cependant réparti ce monopole entre les différentes professions médicales et a donné la possibilité aux médecins de déléguer une partie de ce monopole de son activité exclusive à d'autres professions dites « auxiliaires médicaux. »

RO 64 II 254 : « On ne peut pas placer un ingénieur derrière chaque ouvrier qui doit donc jouir d'une certaine autonomie. »

SJ 1945, p. 49 : « Plus les qualifications professionnelles de l'employé sont certaines, plus le patron doit pouvoir compter sur lui. »

(99) FROGE, p. 77.

(100) PHARAON, p. 126.

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 917 : « L'auxiliaire applique un traitement sans apprécier la thérapeutique à laquelle il se rattache ni, moins encore, sans contrôler le diagnostic qui a conduit à le dicter ; l'assistant qui seconde un chirurgien au cours d'une opération exécute des ordres sans en juger la méthode ni le but auquel ils tendent. »

FROGE, p. 83 : « L'élévation du niveau technique des auxiliaires, la place importante qu'ils occupent dans l'équipe médicale ont parfois comme conséquence que l'auxiliaire risque d'enfreindre les lois qui régissent l'exercice de la médecine faisant ce que l'on peut appeler de l'exercice « paralégal. »

(101) SAVATIER, Traité, p. 55 ; MARCOUX, op.cit., pp. 26-28 ; FROGE, pp. 71-72 et 83-86 ; DEROBERT, pp. 120-123.

surveillance directe d'un médecin, celui-ci pouvant contrôler et intervenir à tout moment; ils sont énumérés à l'article 3. Mentionnons notamment:

— les perfusions intra-veineuses de sang ou de plasma au niveau des membres seulement;
— l'enregistrement d'électrocardiogrammes et d'électroencéphalogrammes;
— l'emploi de rayons X;
— l'anesthésie générale. L'anesthésie doit se dérouler en présence de l'anesthésiste de manière à ce qu'il puisse intervenir à tout moment. L'anesthésiste est responsable du choix et de l'exécution du traitement, mais en aucun cas, l'auxiliaire anesthésiste ne peut être tenu pour responsable d'une erreur ou d'une faute dans la pratique de l'anesthésie (102).

3) Enfin l'arrêté prévoit *une troisième catégorie d'actes médicaux* dont la liste est également limitative, qui *peuvent être exécutés par les auxiliaires médicaux qualifiés et uniquement sur prescription qualitative et quantitative du médecin, mais en dehors de la présence de celui-ci.* Il s'agit, entre autres, des actes suivants:

— la prise de tension artérielle,
— les pansements,
— les injections sous-cutanées, intra-dermiques, intra-musculaires,
— la prise de sang veineux au niveau des membres seulement,
— le tubage gastrique,
— le sondage vésical et urétral, etc.

Le médecin n'est alors responsable que du choix du traitement et non de son exécution.

(102) La possibilité pour une infirmière de pratiquer une anesthésie est subordonnée à trois conditions:

1) au fait que certains actes relevant, dans l'anesthésie, spécifiquement de l'art médical, soient effectuées directement et personnellement par le médecin-anesthésiste (visite pré-opératoire, prémédication, réanimation per- et post-opératoire, évaluation du risque opératoire, etc...),

2) à la présence effective sur place d'un médecin anesthésiste pouvant intervenir à tout moment,

3) à la qualification de l'infirmière.

FROGE propose (pp. 71-72) la distinction suivante:

a) Actes qui peuvent être exécutés «sur simple prescription quantitative et qualitative du médecin» (injection sous-cutanée et intra-musculaire).

Le médecin n'est alors responsable que du choix du traitement et non de son exécution.

Ainsi, l'anesthésiste peut être tenu pour responsable d'une erreur dans la dose et dans le nom des produits injectés pour une prémédication par exemple. Il ne peut être tenu responsable de l'exécution de cette prémédication, mais il lui incombe cependant de s'assurer qu'elle a bien été effectuée.

b) Actes «qui ne peuvent être exécutés par un auxiliaire médical qu'après que le médecin se sera personnellement assuré de la possibilité de confier à l'auxiliaire ces actes du fait de sa compétence et des possibilités inhérentes à chaque cas» (par exemple, injection intra-veineuse).

Le médecin est responsable du choix, de la dose et du contrôle de la compétence de l'auxiliaire.

c) Gestes «qui ne peuvent être exécutés par des auxiliaires médicaux, sauf sous la responsabilité directe du médecin».

Et c'est le cas de l'anesthésie pratiquée par un aide. Cette anesthésie doit obligatoirement se dérouler en sa présence de façon à ce que l'anesthésiste puisse intervenir à tout moment.

Section 6. L'acte détachable de l'acte opératoire

A) Chaque membre de l'équipe opératoire et du personnel des soins d'étages d'un établissement hospitalier a « une tâche circonscrite, un rôle bien délimité, en marge de l'intervention elle-même » (103). Or, comme nous l'avons déjà vu (104), la jurisprudence française a cherché à établir au cours des diverses phases du traitement opératoire « une différenciation souhaitable des fautes qui, au sein d'une équipe chirurgicale, sont la conséquence d'actes tendant au même but, mais qu'une indépendance technique permet de détacher, quand il s'agit d'engager la responsabilité de leur auteur » (105).

Tout en préservant l'unité de l'acte opératoire, la théorie de l'acte détachable met en évidence l'indépendance de chacun dans l'action et décharge la responsabilité du chirurgien ou de l'anesthésiste qui s'en sont remis, pour l'exécution de certains soins, à des auxiliaires qualifiés et compétents ; ces deux praticiens peuvent ainsi, dans l'intérêt même du patient, se consacrer à leur mission essentielle sans avoir leur attention dispersée par les tâches secondaires et bénignes qu'accomplissent ces auxiliaires (106).

C'est en 1935 que le Conseil d'Etat français a établi, pour la première fois, une distinction importante entre les *actes médicaux* et les *actes hospitaliers* ou actes de soins. Par la suite, les tribunaux civils en dégageant la notion d'*acte détachable* de l'acte opératoire, ont repris la classification du droit administratif qui correspond à la distinction entre le contrat médical qui lie le médecin au patient et le contrat hospitalier qui unit celui-ci à la clinique (107). Chacun de ces contrats a un objet différent, de sorte que la mauvaise qualité des soins donnés au patient met en cause tantôt le médecin, tantôt la clinique, tantôt l'un et l'autre solidairement (108).

Ce principe, définitivement acquis à l'heure actuelle, a permis à la jurisprudence de déterminer la responsabilité de chacun selon le rôle spécifique qu'il doit

(103) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 944, note 77.

(104) Cf., supra, III[e] partie, Chap. II, Sect. 3, litt. C.

(105) F. LEYMARIE, Anesthésie et responsabilité civile des médecins en clientèle privée, dans Cahiers d'Anesthésiologie, Tome 23, N° 1, janvier-février 1975, p. 28 ; FROGE, pp. 51, 71 et 72 ; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 737-738 ; du même auteur, Le contrat de soins, N° 311.

Trib.civ. Toulouse, 7 novembre 1957, JCP 1959, 10972, note R. SAVATIER.

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 925 : « La notion — et la réalité — d'équipe chirurgicale a, en tout cas, modifié les choses et les modifiera de plus en plus profondément dans l'avenir. Il y a des besognes, des actes, des gestes indépendants quoique liés au processus d'ensemble qui tend à faire de l'opération chirurgicale une action commune. »

(106) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 951, qui cite un arrêt non publié de la Cour d'Appel d'Aix du 7 mars 1949 ; du même auteur, Le contrat de soins, N° 325 ; FROGE, pp. 71 et 104.

SAVATIER, Traité, pp. 262-263 (note 111bis) : Les établissements hospitaliers « permettent aujourd'hui aux médecins, mais sur le plan limité de soins dits hospitaliers, de se libérer de manière continue de l'ensemble de soins susceptibles d'être donnés hors de leur présence, bien que sous leur autorité générale, par des maisons outillées et spécialisées, elles-même pourvues d'infirmières diplômées ».

Trib.civ. Seine, 24 novembre 1959, JCP, 1960 II 11523 : « Dans la médecine collective moderne, le médecin ou le chirurgien est tacitement autorisé par le malade lui-même à se reposer, pour les soins qui ne sont pas médicaux, sur l'établissement hospitalier avec qui il collabore. »

(107) BOYER CHAMMARD, p. 40, note 25 ; FROGE, p. 71.

(108) SAVATIER, Traité, p. 404.

jouer dans l'acte médical proprement dit : l'acte détachable n'engage dès lors que la responsabilité de celui qui l'accomplit ou, le cas échéant, du commettant qui le fait exécuter par un auxiliaire (109).

B) Ainsi la responsabilité du chirurgien est limitée à l'intervention elle-même, aux soins à donner au malade, qui sont inséparables de l'opération, et aux actes qui participent directement à la technique chirurgicale, que ces actes soient accomplis par le médecin lui-même ou exécutés par des tiers — assistants choisis par le praticien, infirmières fournies par la clinique — agissant sous sa surveillance ou selon ses prescriptions spéciales. En revanche, cette responsabilité ne saurait s'étendre aux soins purement hospitaliers qui ne sont pas en relation étroite avec cette technique et ne sont pas la conséquence directe et le prolongement de l'opération (110).

La clinique, pour sa part, répond des actes considérés comme purement hospitaliers (111), c'est-à-dire de l'entretien des patients et des soins courants et simples relevant de la technique paramédicale et qui sont sans rapport intime et immédiat avec l'acte médical dont ils ne constituent pas le prolongement (112). Ainsi, avant ou après l'intervention chirurgicale, c'est la clinique qui sera mise en cause pour les soins donnés par ses auxiliaires (113).

A première vue, l'acte médical se distingue facilement de l'acte de soins ; dans la pratique, en revanche, la ligne de partage est parfois très délicate à tracer (114) ; il faudra notamment déterminer quand commence l'opération (115) et

(109) BOYER CHAMMARD, pp. 87-88 ; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 925 et 951 ; du même auteur, Le contrat de soins, N° 343 et 344 ; DEROBERT, pp. 290 et 299 ; MARCOUX, op.cit., pp. 270-272 et 306.

Trib. de Grasse, 28 octobre 1948, Gaz.Pal. 1948.2.253.

Cf., infra, section 7, « La préposition occasionnelle ».

(110) Cf. les auteurs cités à la note 109.

Voir aussi, Paris, 4 juillet 1932, D.P. 1933.2.113, note H. LALOU ; Cour d'Appel de Bourges, 2 février 1938, Gaz.Pal. 1938.1.723 ; Cour d'Appel de Paris, 8 octobre 1941, D.A. 1941.364 ; Cour d'Appel de Paris, 22 juin 1943, Gaz.Pal. 1943.2.90 ; Trib. civ. Grasse, 28 octobre 1948, Gaz.Pal. 1948.2.253 ; Cour d'Appel de Bourges, 6 décembre 1949, JCP 1950 II 5479, note RODIERE ; Cour d'Appel de Lyon, 29 octobre 1951, D.1952.763 ; Trib.civ. Seine, 24 juin 1952, D. 1952.682 ;

Cour d'Appel de Paris, 27 avril 1953, D. 1953.412 ; Trib. civ. de la Seine, 24 novembre 1959, cité par FROGE, pp. 103-105.

Rappelons que l'anesthésie est détachable de l'acte opératoire (cf., supra, Chapitre II, Section 3, litt. C).

(111) MALHERBE, p. 106, rappelle qu'« une clinique médicale n'est contractuellement chargée que des soins hospitaliers. Médicalement, elle ne peut assumer elle-même qu'un rôle d'auxiliaire et d'exécutant. Elle ne détermine pas elle-même la politique de soins médicaux à donner aux patients qu'elle héberge. Elle ne saurait s'attribuer aucune initiative quant à la direction de la thérapeutique, sauf pour les mesures de sauvegarde urgentes en attendant l'arrivée du praticien ».

(112) Cf. les auteurs cités aux notes 106 et 109.

L'obligation de soins incombant à la clinique lui impose de procurer au malade des soins conformes aux prescriptions du médecin et aux données de la technique et d'en garantir la bonne exécution (SAVATIER, Traité, p. 407 ; DEROBERT, p. 300).

Cass.civ. 15 novembre 1955, D. 1956.113, note R. SAVATIER ; Trib.civ. de la Seine, 24 novembre 1959, JCP 1960 II 11523.

(113) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 951 ; BOYER CHAMMARD, pp. 87-88.

(114) Cf. BOYER CHAMMARD, pp. 40-42 : « Certes, on pourrait considérer que l'acte de soin est une opération matérielle tandis que l'acte médical relèverait d'une activité intellectuelle. En fait, une telle opposition ne correspond pas à la réalité car le diagnostic, l'application du traitement et

quand elle se termine (116). Or les données apparaissent souvent très floues et de nombreux chevauchements dans le temps risquent de compliquer la tâche des tribunaux. Le juge devra alors tenir compte de l'usage et de la division du travail à l'intérieur de la clinique (117).

l'intervention chirurgicale elle-même représentent, dans la médecine actuelle, un ensemble complexe dans lequel chaque acte est très difficile à isoler des autres. On ne peut pas non plus définir l'acte médical comme l'acte seul susceptible d'être effectué par un médecin ; un tel critère serait beaucoup trop théorique car des actes médicaux sont souvent faits en cas d'urgence par d'autres personnes que des médecins et, d'autre part, ces derniers exécutent chaque jour des actes dits de soins (...) Selon l'arrêt de principe rendu par le Conseil d'Etat en 1959, il n'y a pas lieu de s'attacher, pour qualifier l'acte médical, à la qualité de celui qui a accompli l'acte mais à la nature de celui-ci. Pour le Conseil d'Etat, les actes médicaux « sont ceux qui ne peuvent être exécutés que par un médecin ou chirurgien ou encore par un auxiliaire médical que sous la responsabilité et la surveillance directe d'un médecin dans des conditions qui lui permettent d'en contrôler l'exécution et d'intervenir à tout moment ». Par cette définition très stricte, la Haute Juridiction a visé l'ensemble des actes techniques qui, présentant une difficulté particulière, justifient l'intervention personnelle du médecin ou son contrôle direct (...) Ce sera dans chaque cas les circonstances de l'affaire qui permettront de dire si un acte est un acte médical ou un acte de soins, suivant l'état du patient, la gravité de la maladie ; ainsi une simple perfusion sanguine pourra parfaitement être qualifiée d'acte médical ne pouvant être exécuté que sous la responsabilité et la surveillance d'un médecin. »

SAVATIER (note sous l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris, 15 décembre 1953, JCP 1954.8158), remarque encore que chaque cas demeure une question de fait dont « la solution dépend non seulement de l'analyse du contrat médical et du contrat d'hospitalisation, qui lient le malade respectivement au médecin et à la clinique, mais aussi du contenu et de l'interprétation du contrat qui lie entre eux le médecin et la clinique ».

(115) Les soins post-opératoires, exécutés par le personnel de l'établissement hospitalier sur les instructions générales du médecin, ne sont pas le prolongement de l'intervention ; ils constituent des actes détachables dont la responsabilité incombe à la clinique. Nous aborderons ce problème plus loin, dans le même chapitre à la section 12.

(116) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 809-811, note qu'il faut considérer « toute une autre catégorie d'actes qui, au lieu de suivre l'acte opératoire, le précèdent dans le temps ou l'accompagnent, et à propos desquels il est plus difficile de dire si, concrètement, ils s'en détachent parce qu'ils ne sont pas le fait de professionnels indépendants, mais de personnes tenues par un lien de subordination, soit vis-à-vis du chirurgien lui-même, soit vis-à-vis de l'administration publique ou privée, qui les emploie et qui les paie ; ils font néanmoins partie de l'équipe chirurgicale : infirmiers, infirmières, panseuses, aides, instrumentistes. La notion d'indépendance dans l'action ne suffira plus pour déterminer si l'acte, alors, est détachable : il faut la compléter et la combiner avec une autre distinction (...) En matière d'opération, il faut différencier les *actes préparatoires* et le *commencement d'exécution ;* tout ce qui ne constitue pas un commencement d'exécution n'engage pas la responsabilité du chirurgien personnellement et ce en tant que tel, c'est-à-dire à condition qu'il ne soit pas, d'autre part, le commettant de ceux ou celles qui accomplissent ces actes préparatoires ? (...) Sortir les boîtes de l'autoclave, disposer sur la table prévue à cet effet les camisoles blanches stériles du chirurgien et de ses aides, les « champs » qui limiteront le lieu de l'incision, les compresses destinées à épancher le sang et les liquides digestifs, vérifier le contenu des boîtes d'instruments chirurgicaux, contrôler la stérilisation et assurer, le cas échéant, celle d'un instrument exceptionnel réclamé par le chirurgien, voilà, n'est-il pas vrai que de simples actes préparatoires, et pas autre chose. L'opération, qui ne commencera que plus tard, peut encore être suspendue, un dernier examen, une ultime réflexion peuvent amener le chirurgien, voire le malade, à y renoncer (...) Par contre, présenter des instruments, des pinces hémostatiques, des compresses, des ligatures, les dénombrer – acte capital – et même, rafraîchir le front du chirurgien avec un bandeau humide, l'éponger s'il transpire trop, se rattachent à l'exécution parce que ces actes, ces gestes, ces mouvements font cortège à un acte irréversible. Et, dans cette idée *d'irréversibilité*, se trouve, sans doute, mieux encore que dans un fait précis, le critérium qui permet de séparer les actes préparatoires du commencement d'exécution. « Le premier coup de bistouri marque la fin des préparatifs et des conversations particulières », écrit le Dr James Joly ; le Tribunal civil de la Seine, dans un jugement du 21 avril 1953, énonce qu'au « moment où la malade allait être fixée à la table d'opération, l'acte chirurgical commençait ». Les deux instants ne coïncident pas tout à fait. En réalité, il faut se demander s'il a été accompli un acte dont, au regard

Section 7. La préposition occasionnelle

A) Partage du pouvoir de direction entre deux commettants

Le médecin emploie des auxiliaires qualifiés (118) — notamment des infirmières — qu'il a engagés lui-même, qu'il rétribue et auxquels il est lié par un contrat de travail. Ces employés exécutent pour le compte du praticien, sous son autorité ou sa direction, les obligations qui incombent à ce dernier en vertu du contrat de soins. A l'évidence, le médecin répond des fautes que peuvent commettre ces auxiliaires dans l'exercice de leurs fonctions, conformément à l'article 101 CO (119).

Corrélativement, de nombreux employés de la clinique qui ne font pas partie d'une équipe opératoire déterminée, sont subordonnés au directeur de l'établissement et reçoivent directement de ce dernier des ordres qui ne regardent ni le chirurgien ni l'anesthésiste. Ce personnel qui exécute les obligations de la clinique découlant du contrat de soins hospitaliers engage incontestablement par ses fautes la responsabilité de la clinique, également en vertu de l'article 101 CO (120).

En revanche, une difficulté surgit quand, pour compléter l'équipe chirurgicale la durée d'une opération, la clinique met à la disposition du chirurgien ou de l'anesthésiste des auxiliaires qu'elle a seule recrutés et qu'elle rétribue. Ce personnel, placé temporairement au service des praticiens, reçoit des ordres directement du chirurgien ou de l'anesthésiste et agit sous leur surveillance, pour leur compte.

Le pouvoir de direction est ainsi partagé entre plusieurs personnes ayant le préposé à leur service. On peut alors se demander qui, de la clinique (l'employeur) ou du médecin lui donnant occasionnellement des ordres, sera le commettant civilement responsable des fautes commises par cet auxiliaire. Autrement dit, peut-il y avoir partage de la qualité de commettant lorsque le préposé reste à certains égards sous la direction de son commettant habituel et passe à d'autres points de vue sous l'autorité d'un comettant occasionnel (121)?

du malade, la trace soit indélébile et les conséquences, bonnes ou mauvaises, inéluctables. Il devient alors facile de délimiter ce qui incombe au chirurgien et ce qui ne lui incombe pas (...) Il va sans dire que l'ouverture de la paroi et sa fermeture sont, déjà et encore, des actes d'exécution sans lesquels l'opération n'est pas complète. Ceci n'est qu'un exemple et d'une manière générale on peut dire que tout ce qui n'est pas «détachable» par suite d'une indépendance dans l'action parallèle ou accessoire, constitue un acte d'exécution et engage la responsabilité du chirurgien seul, mais, qu'à l'inverse, tout ce qui est acte préparatoire engage la responsabilité d'un autre. Cela même n'est peut-être pas suffisant car il n'est pas sûr, en ce qui concerne ces actes préparatoires, que la discrimination soit aussi nette et aussi exclusive qu'on serait tenté de le croire».

(117) PHARAON, p. 120; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 949-950.

(118) Ce sera le cas de l'assistant du chirurgien ou d'une instrumentiste dont il serait l'employeur, de l'infirmière-anesthésiste attachée personnellement au médecin-anesthésiste.

(119) SAVATIER, Traité, pp. 304 et 414; MALHERBE, p. 104; BAGLIN, p. 48.

(120) SAVATIER, Traité, p. 414; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 811.

(121) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 921; du même auteur, Le contrat de soins, N° 344; FROGE, pp. 71 et 89; MALHERBE, p. 104; DEROBERT, p. 299; MARCOUX, op.cit.,

B) **Définition et conditions de la préposition occasionnelle**

1) La jurisprudence française a dégagé depuis longtemps la notion de préposition occasionnelle. D'après KORNPROBST (122), « le préposé occasionnel est la personne qui, sans être liée à une autre par un lien habituel préexistant ni, surtout, constant de subordination, se trouve placée par les circonstances dans une situation où cette personne est elle-même amenée à lui donner des ordres, des instructions et à lui faire exécuter ou accomplir certains actes qui lui incombent, qu'elle aurait dû, par conséquent, mais ne pouvait accomplir elle-même. Tel est le cas du propriétaire d'une automobile qui, en l'absence de son chauffeur salarié, se fait conduire, en prenant place à ses côtés, par un ami ou une personne complaisante; tel est aussi le cas du préposé mis par son commettant habituel à la disposition d'une autre personne (ouvrier exécutant des travaux pour deux ou plusieurs entreprises simultanément, personnel d'une entreprise travaillant exceptionnellement dans une autre entreprise pour y accomplir soit une besogne urgente, soit un travail spécialisé et temporaire) ».

Les tribunaux français ont alors appliqué cette figure de droit, notamment au cas du personnel d'une clinique mis à la disposition des médecins d'une équipe chirurgicale pour la durée d'une opération.

« Le chirurgien ou l'anesthésiste, seuls responsables de ce qui se prescrit ou s'exécute en salle d'opération, deviennent juridiquement les commettants de ces préposés placés, à cette occasion, sous les ordres de l'un ou de l'autre de ces médecins ». Eux seuls ont qualité pour donner des instructions sur la manière dont les auxiliaires doivent alors remplir leurs fonctions (123).

2) La préposition occasionnelle implique l'existence d'un *lien de subordination*; il s'agit d'une question de *fait*. Il faut en effet déterminer qui avait le droit et la possibilité de donner des instructions et des ordres à l'auxiliaire auteur de

p. 265; A. WEILL, « Droit civil: les obligations », Dalloz 1971, pp. 669-670 ainsi que la jurisprudence citée par l'auteur aux notes 1 et 2, p. 670.

LOEFFLER, p. 28, note 89: « OFTINGER II S.539 vertritt folgenden Standpunkt: Wenn ein Arzt in einer unter anderer Leitung stehenden Privatklinik operiert, die ihm neben den Einrichtungen auch Spitalpersonal zur Verfügung stellt, muss nach dem Umständen geprüft werden, ob der operierende Arzt, der Klinikleiter oder allenfalls beide Geschäftsherren dieses Personals sind. »

Zu vergleichen sind die interessanten Entscheide des Reichsgerichts, die sich mit der Frage befassen, ob in gleichgelagerten Fällen die Röntgenschwester Erfüllungsgehilfin des Arztes sei oder aber der Privatklinik. Die betr. Entscheide finden sich in RGE 118 S.41 (vgl. dazu JW 1927 S.2844) und RGE 139 S.255 (vgl. dazu JW 1933 S.1576) ».

MARCOUX, op. cit., pp. 245-246: Le médecin opère dans une clinique privée, au bon fonctionnement de laquelle il n'est en rien responsable (n'étant ni le « propriétaire » ni le « gérant » de la clinique); il est cependant assisté par l'infirmière qui demeure la préposée de la clinique (étant payée par elle): Le *médecin* qui est entièrement responsable vis-à-vis du malade est le *« commettant »* pour tout ce qui relève de l'acte médical strict; il est uni à l'infirmière par un lien de préposition temporaire se caractérisant par les obligations suivantes: instructions précises; ordres qualifiés; surveillance directe et effective de certains actes médicaux; contrôle de la thérapeutique dans un délai normal; le médecin devient ainsi le *« commettant occasionnel »* de l'infirmière que la clinique a mise à sa disposition, car ce n'est qu'à « l'occasion » du traitement de ses malades qu'il a le droit de lui donner des ordres et des instructions techniques particulières.

(122) Le contrat de soins, N° 343; du même auteur, Resp. du médecin, pp. 921-922.

(123) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 344.

l'acte dommageable au moment précis de l'accident et qui avait le devoir corrélatif d'exercer un contrôle (cura in vigilando); en d'autres termes, il faut rechercher qui, de la clinique (commettant habituel) ou du médecin (commettant occasionnel pour un acte déterminé) dirigeait l'auxiliaire en question; celui des deux qui avait *l'autorité effective* lors de la survenance du dommage répond civilement du préjudice causé par l'auxiliaire (124).

3) En 1847, la Cour de Cassation donnait la définition suivante du préposé occasionnel (125)

> «La responsabilité à laquelle l'article 1384 soumet les commettants ne dépend pas seulement de ce qu'ils ont *choisi* leurs préposés, mais suppose en outre qu'ils ont le droit de leur donner des ordres ou des instructions sur la manière de remplir les fonctions auxquelles ils les emploient, autorité sans laquelle il n'y a pas de véritables commettants».

(124) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 918 ainsi que la doctrine citée par l'auteur à la note 2; MARCOUX, op.cit., p. 306; PHARAON, pp. 126-127; LALOU, Traité de la Responsabilité civile, 5e éd. 1954, N° 1072; DEMOGUE, Ogligations, T.V. N° 908; M.-J. RAUZY, Les obligations du médecin, thèse Paris 1939, p. 113; PLANIOL, Traité de droit civil, T. II, p. 429.

«Est commettant celui qui, au moment où un dommage se produit, détient, en fait l'autorité et assure la direction d'un préposé habituellement au service d'un autre; la responsabilité se déplace ainsi momentanément» (Cass.civ. 19 janvier 1927, D.1928.1.17, note SAVATIER) cf. aussi Cass.civ. 18 juin 1928, D.H. 1928.478; Cass.civ. 30 décembre 1931, D.H. 1932.83; Cass.civ., 4 mai 1937, D.H. 1937.363; Cass.civ. 3 novembre 1942, D.1947.145, note TUNC; Paris 11 mai 1950, D.1950.438; Trib.civ. Marseille, 18 octobre 1951, Gaz.Pal., 1951.3.431; Cass.civ. 18 octobre 1954, Sem.jur. 1955 II 8473; Cour d'Appel de Lyon, 29 octobre 1951, D. 1952.763; Cass.civ. 16 juin 1966, Sem.Jur. 1966 II 15330, note BIGOT; Trib.civ. Versailles, 11 décembre 1970, jugement cité par BOYER CHAMMARD, p. 87.

Cass.civ. 15 novembre 1955, D.1956.113, note R. SAVATIER ou JCP 1956.11.9106, note R. RODIERE (sur pourvoi contre un arrêt de la Cour d'Appel de Bourges du 6 décembre 1949, JCP 1950.5479, note R. RODIERE):

> « Attendu qu'ayant constaté que le dommage est dû à la maladresse ou à la négligence de l'infirmière qui a fait une piqûre pré-opératoire, d'autre part, que l'injection a été pratiquée sur l'ordre du chirurgien, en présence de celui-ci, dans la salle où il s'apprêtait à opérer, et alors que le patient était déjà ligoté sur la table d'opération, enfin que l'infirmière, préposée habituelle de la clinique, avait été mise à la disposition du chirurgien pour l'assister pendant l'opération et pour les soins devant précéder immédiatement celle-ci, les juges du fond ont pu en déduire que l'infirmière se trouvait soumise à l'autorité du chirurgien qui avait seul qualité pour lui donner des ordres et des instructions sur la manière de remplir ses fonctions et qu'en raison de ce lien de subordination, la responsabilité des faits de l'infirmière qui incombait habituellement à la clinique, se trouvait alors déplacée et incombait au chirurgien.»

BAGLIN, pp. 48-49: «La responsabilité ne se déplace que si, au moment de l'accident, le préposé se trouve soumis, en vertu de la convention ou de la loi, à l'autorité ou à la direction de ce commettant.»

FROGE, p. 89: «Le commettant est donc celui qui ordonne et dirige l'activité d'autrui. Peu importe que le commettant soit éloigné et ses ordres intermittents, que le commettant soit incompétent alors que son préposé est un technicien ou que l'exercice de l'autorité par le commettant soit occasionnel. Ce qui importe, c'est le droit de surveillance, de direction et de contrôle qui crée la préposition.»

A. WEILL, op.cit., p. 670: «Le principe est certain, mais il donne lieu à de nombreuses difficultés pratiques d'application: à défaut d'une clause explicite dans la convention intervenue entre les deux commettants, il y aura lieu de tenir compte de toutes les circonstances de la cause, notamment de la durée du transfert, de la compétence technique respective des parties.»

(125) Arrêt cité par FROGE, p. 89.

La jurisprudence actuelle cependant ne fait plus, à juste titre (126), du *libre choix*, une condition de la responsabilité du commettant du fait de ses préposés. Il n'est pas nécessaire que le médecin ait choisi son aide; il suffit qu'il soit en mesure de lui donner des ordres et des instructions pour qu'il soit responsable de leurs conséquences (127).

KORNPROBST (128) relève que « la Cour Suprême n'a jamais posé le principe que le choix n'était pas nécessaire dans ses arrêts; il semble que, sous l'influence d'une doctrine beaucoup plus explicite, la jurisprudence tende à absorber la condition du choix dans la deuxième condition exigée pour qu'il y ait rapport de préposition: la subordination. Chaque fois qu'une personne fait exercer ou même laisse exercer par une autre une fonction qui est dans son cercle d'activité, on peut dire qu'elle l'a choisie...; elle ratifie la désignation faite par un autre en laissant agir la personne désignée, cette ratification tacite équivalant à un choix véritable ».

Il peut paraître injuste que le médecin réponde des fautes commises par des auxiliaires que la clinique lui fournit, mais qu'il n'a pas choisis personnellement. En fait, si l'établissement hospitalier met à la disposition du chirurgien ou de l'anesthésiste des infirmières peu qualifiées, maladroites ou inexpérimentées, il répond de la culpa in eligendo vis-à-vis du médecin. En outre, la jurisprudence a considéré que lorsqu'il n'a pas choisi ses auxiliaires, le praticien qui n'a pas une très grande confiance en eux devra être lui-même d'autant plus attentif et diligent (129).

4) Le médecin est responsable des *ordres* et du *choix des prescriptions* qu'il donne au personnel mis à sa disposition par la clinique mais, en principe, il ne répond pas de leur *exécution*, ni de *l'administration des soins*; l'exécution du traitement choisi par l'homme de l'art est une prestation incombant à la clinique en vertu du contrat hospitalier qui la lie au patient (130).

(126) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 918, note que « si le médecin ou le chirurgien commande incontestablement, ses auxiliaires ne sont pas toujours ses subordonnés et, surtout, il ne les a souvent ni choisis ni agréés ».

(127) PHARAON, p. 126, ainsi que la jurisprudence citée par l'auteur à la note 5; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 918 et la jurisprudence figurant à la note 2.

(128) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 934, note 42.

(129) Ibid., p. 934; BAGLIN, p. 52: Attendu que le médecin traitant, alors même qu'il n'aurait pas choisi l'infirmière placée auprès de ses malades, peut être responsable des fautes commises par celle-ci dans des circonstances révélant de la part de ce médecin un manque de surveillance, que moins un docteur connaît une infirmière, plus il doit la surveiller... (Nîmes, 8 décembre 1920, dans Concours Médical, 9 février 1921. Contra: Paris, 4 mars 1898, S.1899.2.90; Bordeaux, 11 juillet 1916, dans Concours Médical, 1917, p. 43; Trib.civ. Dunkerque, 14 juin 1923; Douai, 23 juin 1924, dans Concours Médical, 1924, p. 1787).

Marcoux, op. cit., p. 306 estime que l'infirmière, salariée d'une clinique, engage la responsabilité de celui dans l'intérêt économique duquel elle exerce ses fonctions.

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 922, relève que le commettant responsable est celui qui « profite » à un titre ou à un autre de services de tiers que par ailleurs souvent il rétribue.

SAVATIER, Traité, p. 303: Le préposé doit exercer son activité dans l'intérêt du commettant; c'est une condition de la préposition selon cet auteur.

(130) BRUNHES, p. 62; BAGLIN, pp. 49-50; DEROBERT, p. 299; SAVATIER, Traité, p. 404.

La Cour d'Appel d'Orléans, dans un arrêt du 17 février 1926 (cité par BAGLIN, p. 52) a précisé les limites de la responsabilité encourue par le praticien du fait de ses aides dans l'exécution du traitement:

En outre, le fait d'être placée durant une opération sous les ordres du praticien n'est pas suffisant à lui seul pour décider qu'une infirmière est la préposée de ce praticien; celui-ci n'est responsable que «des ordres particuliers et précis qu'il a donnés, de sorte qu'il ne saurait être recherché à l'occasion des fautes que l'infirmière a pu commettre lorsqu'elle a agi de sa propre initiative» (131).

Cependant le médecin peut être responsable des fautes d'un auxiliaire, même si celui-ci n'est chargé que de l'exécution de ses prescriptions, dans les trois hypothèses suivantes (132):

a) lorsque le praticien a donné des prescriptions incomplètes, erronées ou qu'il a fourni des prescriptions insuffisamment claires et précises pour l'exécution correcte des soins (133):;

b) si le médecin a fait effectuer par un auxiliaire «un travail hors de proportion avec ce que normalement il pouvait en attendre», vu sa compétence et sa qualification, ou lorsqu'il s'agit de soins «dont le médecin s'était réservé ou aurait dû se réserver le contrôle direct» (134).

c) Même dans les soins purement hospitaliers, l'infirmière redeviendrait la préposée du médecin, en dehors de l'opération proprement dite, et sa faute technique engagerait la responsabilité du praticien, lorsque ces soins sont exécutés «sous le pouvoir de direction immédiat de ce médecin». Ainsi le chirurgien ou l'anesthésiste appelés en cas de complications répondraient de mauvais soins hospitaliers donnés sous leurs yeux (135).

«Attendu qu'il serait excessif d'obliger un médecin à assister en personne à un traitement d'usage courant, qu'une telle obligation aurait pour résultat de rendre impossible l'exercice de la médecine...»

(131) Cour d'Ap de Lyon, 18 mars 1927, arrêt cité par KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 922, note 17.

Contra: Trib.civ. de Bordeaux, 16 janvier 1950, D.1950.122: Le praticien était responsable, non seulement lorsque ses aides ont agi pour son compte, soit sur son ordre, simplement dans son intérêt, mais aussi sans instruction ou contre ses instructions. Le médecin engagerait également sa responsabilité lorsque son aide agit en dehors de toute instruction.

(132) DEROBERT, p. 299; SAVATIER, Traité, pp. 304, 405 et 406; FROGE, p. 71; BAGLIN, p. 49; MARCOUX, p. 27; BRUNHES, p. 62.

(133) BRUNHES, p. 63; SAVATIER, Traité, pp. 304 et 404; DEROBERT, p. 299.

Trib.civ. Bordeaux, 16 janvier 1950, D.1950.122: La faute commise par l'infirmière est celle du médecin dans le cas où il a oublié de donner des instructions précises. «La responsabilité d'un chirurgien peut se trouver engagée si, ayant donné l'ordre à une infirmière d'appliquer un certain traitement, il a omis de la prévenir que le médicament prescrit ne devait pas être administré par voie intraveineuse.»

SAVATIER, Traité, p. 404, estime cependant que pour apprécier l'existence de cette faute, on doit tenir compte du fait que le médecin pouvait légitimement compter sur une compétence technique des infirmières en rapport avec leurs qualités et leurs diplômes. Il n'était donc pas tenu de leur donner des instructions aussi précises qu'à l'entourage familial d'un malade soigné à domicile, par exemple.

(134) BAGLIN, p. 49.

Cf. aussi DEROBERT, p. 299; BRUNHES, p. 63.

Cour d'Appel d'Aix, 27 février 1952, JCP 1952 II 6870: Le médecin est certainement responsable pour avoir employé des préposés non qualifiés par leurs diplômes, dans les tâches qui eussent dû être réservées soit à des médecins, soit à des auxiliaires diplômés.

(135) Cour d'Appel de Montpellier, 30 janvier 1951, arrêt cité par MARCOUX, pp. 271-273.

Voir aussi Cour d'Appel de Paris, 4 février 1957, D.1957.271 et Cass.crim., 21 février 1946, JCP 41 II 3151 et aussi Trib.corr. à Chalon-sur-Saône, 5 janvier 1968, La Presse Médicale, N° 27, avril 1968; note KORNPROBST.

C) Le contrat de mise à disposition du personnel

Le contrat liant le médecin (chirurgien ou anesthésiste) à la clinique, qui met temporairement à la disposition du praticien ses auxiliaires dont elle est l'employeur, est, selon la doctrine et la jurisprudence suisses, un contrat de «location de personnel» (Arbeitsdienstverschaffungsvertrag). Le débiteur ne s'oblige ni à fournir son travail ni à exécuter un ouvrage déterminé; il s'engage seulement à mettre à la disposition des son contractant la force de travail d'une tierce personne à laquelle il est lié par un rapport contractuel, généralement un contrat de travail (136).

Les relations entre le médecin et l'auxiliaire que lui fournit la clinique ne constituent ni un contrat de travail, ni un contrat d'entreprise, ni même un mandat. En effet, c'est la clinique — à laquelle cet auxiliaire doit conventionnellement sa force de travail — et non pas le préposé lui-même, qui promet une prestation de services au praticien. Le Tribunal fédéral (137) a cependant estimé qu'il fallait bel et bien admettre que «le contrat de location de personnel faisait naître entre l'employeur secondaire et l'employé des relations contractuelles ou quasi contractuelles qui, bien qu'indirectes, permettaient au premier de se prévaloir de l'article 328 CO (138) à l'égard du second».

Lorsqu'un employeur met un de ses employés à la disposition d'un tiers pour l'exécution d'une tâche déterminée — qu'il s'agisse d'un travail temporaire (139) ou d'un rapport de sous-traitance — il faut résoudre le même problème en droit suisse qu'en droit français: qui doit être considéré comme le commettant qui répondra du préjudice causé par l'employé? Le Tribunal fédéral (140) a établi que l'employé n'était pas, dans ce cas, l'auxiliaire de son employeur, mais bien celui du tiers qui, lors de la surveillance du dommage, était seul à exercer la surveillance requise et un pouvoir de commandement effectif sur l'auxiliaire.

Toutefois, le commettant occasionnel est fondé, à notre avis, à se retourner contre la clinique en cas de *culpa in eligendo* ou de *culpa in instruendo*.

(136) LOEFFLER, pp. 28-29, parle d'un «Vertrag zur Stellung einer geeigneten Hilfsperson». Voir aussi LANZ, «Parteiwechsel bei Miete und Dienstvertrag», thèse Zurich 1934; H. SCHROEDER, Der Dienstverschaffungsvertrag, thèse Rostock, 1914; VON BUEREN, pp. 91-93. RO 91 II 291 = JdT 1966 I 180.

(137) SJ 1955, p. 353 = JdT 1955 I 509: Un entrepreneur met un chauffeur à la disposition d'une société genevoise, pendant une semaine, moyennant un prix de location convenu. Au cours de cette semaine, le chauffeur cause par sa faute un accident; il endommage le véhicule qui lui avait été confié. Une demande en dommages-intérêts présentée par la société genevoise contre l'entrepreneur qui avait loué son chauffeur fut finalement rejetée par la Cour de justice civile du canton de Genève. L'arrêt fut confirmé par notre Haute Cour.

(138) Art. 321a depuis la revision de 1971 du contrat de travail.

(139) Par exemple, lorsque MANPOWER ou ADIA INTERIM fournit une employée.

(140) RO 91 II 291 = JdT 1966 I 180.
Voir aussi RO 32 II 515 = JdT 1907 I 194; RO 41 II 494 = JdT 1916 I 6; RO 42 II 615 = SJ 1917, p. 233; RO 77 II 308 = JdT 1952 I 303; SJ 1955, p. 353 = JdT 1955 I 509; RO 88 II 439 = JdT 1963 I 629.
C.L. GRAND, Leiharbeitsverhältnisse im schweizerischen Recht, thèse Zurich 1960.
OFTINGER, chap. IX, p. 140; KELLER, pp. 118-119; DESCHENAUX et TERCIER, p. 100.

D) **Critique de la notion de préposition occasionnelle**

Lorsque la jurisprudence française a dégagé la notion d'acte détachable de l'acte opératoire, elle a appliqué la théorie de la préposition occasionnelle chaque fois que le dommage était causé au patient par un employé de la clinique mis temporairement à la disposition du médecin pour l'exécution de ses obligations (141). Or, autant la notion d'acte détachable représente un progrès incontestable, dans le sens d'une meilleure adéquation du droit à la pratique médicale, autant la théorie de la préposition occasionnelle paraît discutable.

Une partie de la doctrine française (142) souligne en effet que le commettant répond civilement d'un préposé pour « autant que soient remplies les conditions de choix et de subordination qui crèent entre toutes personnes un lien de préposition ».

Or, constate KORNPROBST (143), le médecin se voit généralement imposer par la clinique un auxiliaire qu'il n'a ni choisi ni agréé. En outre, relève l'éminent jurisconsulte, si le chirurgien commande incontestablement dans la salle d'opération, les auxiliaires qui lui sont fournis ne sont pas ses subordonnés, mais ceux de la clinique. En effet, la direction effective du préposé occasionnel par le praticien est exclusivement médicale.

A notre avis, on peut raisonner en droit suisse comme en droit français sans se référer à la théorie de la préposition occasionnelle, mais en analysant simplement les rapports contractuels existant entre le patient, la clinique et le médecin et en se fondant sur la ratio de l'article 101 CO.

Le contrat de soins médicaux et le contrat de soins hospitaliers impliquent chacun un certain nombre d'obligations spécifiques incombant respectivement au praticien et à la clinique (144).

Quand nous avons étudié les conditions d'application de l'article 101 CO (145), nous avons vu que la responsabilité du débiteur à raison de son auxiliaire était engagée à condition que:

— il existe un rapport contractuel entre le commettant et le créancier;
— le commettant ait confié expressément à son auxiliaire une tâche ou le soin

(141) PHARAON, p. 127, ainsi que la jurisprudence citée par l'auteur à la note 7.

(142) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 917-925.
Dans le même sens, cf. aussi SAVATIER, Traité, pp. 303 ss.; BOYER CHAMMARD, p. 87.

(143) Resp. du médecin, pp. 917-925.

(144) Cf., supra, 1re partie, chap. IV, sections 2 et 3 (les obligations du médecin en général); 3e partie, chap. II, section 5 (les obligations de l'anesthésiste), section 6 (les obligations du chirurgien) et chap. IV, section 1 (les obligations de la clinique).

(145) Voir, supra, notes 67 à 69 et 75 à 78: L'auxiliaire, selon l'article 101 CO, est « toute personne qui assume le soin d'exécuter l'obligation du débiteur avec son consentement exprès ou tacite et sur ses instructions ».
BOYER CHAMMARD, pp. 86-87: « La jurisprudence connaît également la responsabilité du fait d'autrui. Lorsque les médecins et chirurgiens font appel à des subordonnés pour permettre ou faciliter leur activité, ils en répondent. Il n'y a pas lieu d'invoquer l'art. 1384, par. 1 et 5, CCfr., lequel « en rendant le commettant responsable du préposé reste dans le cadre délictuel ». Les décisions qui retiennent cette motivation « méconnaissent que le contractant reste tenu des obligations contractuelles même lorsqu'il recourt à d'autres personnes pour en faciliter l'accomplissement. En définitive, il est généralement admis que la présomption de l'art. 1384 CCfr. ne puisse peser sur le médecin ».

d'exécuter l'obligation dont la mauvaise exécution a causé un dommage au créancier;

— le préjudice ait été causé par l'auxiliaire dans l'accomplissement de son travail et non seulement à l'occasion de ce travail.

En outre, nous avions souligné que la responsabilité du débiteur pouvait être engagée même s'il n'avait pas choisi lui-même son préposé et même s'il n'existait pas un lien de subordination entre le maître et l'auxiliaire (146).

Dans les casus où la jurisprudence et une partie de la doctrine française font appel à la théorie de la préposition occasionnelle pour déterminer quel commettant répondra du dommage, les conditions d'application de l'article 101 CO sont réunies et l'exigence d'un lieu de subordination effectif et ou d'une faculté de choix n'est donc pas nécessaire. En d'autres termes, nous aboutirons à la même répartition des responsabilités en considérant simplement que l'infirmière sera l'auxiliaire de la clinique ou d'un des médecins de l'équipe opératoire, selon qu'elle exécute à ce moment une obligation contractuelle incombant à l'établissement hospitalier ou au praticien (147). Chaque cas demeure néanmoins une question de fait dont la solution dépend non seulement de l'analyse du contrat médical et du contrat d'hospitalisation, mais aussi du contenu et de l'interprétation du contrat qui lie le médecin à la clinique.

Nous allons maintenant étudier la jurisprudence concernant la répartition des responsabilités entre la clinique et les médecins.

Dans les sections 8 à 10, nous analyserons la responsabilité exclusive de l'auxiliaire, de l'établissement hospitalier et du praticien. A la section 11, nous évoquerons quelques cas de responsabilité solidaire, puis aux sections 12 à 15, nous aborderons successivement les soinsost-opératoires, la fixation du malade sur la table d'opération, la responsabilité à raison des instruments et des appareils et les erreurs lors de transfusions de sang.

Section 8. Responsabilité du seul auxiliaire

Les arrêts que nous allons rapporter dans cette section illustrent l'autonomie relative des auxiliaires dont la responsabilité personnelle — civile ou pénale — peut être retenue par les tribunaux à l'exclusion de celle du médecin ou de la clinique (148).

(146) Cf., supra, sect. 4, litt. B ainsi que les notes 72-78.

(147) SAVATIER, Traité, pp. 404-405: «Si la clinique a mis des infirmières à sa disposition pour participer aux actes médicaux incombant au médecin, l'activité de ces infirmières, temporairement placées sous son autorité, engage la responsabilité du médecin. Cette solution s'explique, non pas par l'idée d'un lien de préposition occasionnel entre le médecin et l'infirmière, comme le disent parfois les tribunaux, *mais par l'idée que l'infirmière exécute alors une obligation contractuelle incombant au médecin et non à la clinique*. Elle s'applique même si le médecin n'aurait pas pu empêcher, par des instructions plus correctes ou une surveillance plus soutenue, la faute de l'infirmière. Car la faute contractuelle entraîne la même responsabilité, qu'elle provienne du contractant lui-même ou de celui qu'il a chargé d'exécuter ses obligations pour son compte.»

Voir aussi PHARAON, pp. 126-127; BOYER CHAMMARD, pp. 88-89; ÇAKMUR, p. 58.

(148) FROGE, pp. 102-103; SAVATIER, Traité, p. 414; MARCOUX, op.cit., p. 251.

A) **Erreur de médicament**

Un médecin prescrivit un lavement; l'infirmière de la clinique se trompa de substance et administra au patient du chlorure de zinc ce qui provoqua sa mort.

Considérée comme responsable, l'auxiliaire fut condamnée à trois mois de prison et à une amende; le Tribunal (149) estima «qu'un praticien ne pouvait être responsable d'une erreur grossière commise en dehors de lui dans l'application d'un traitement normal, clair et précis».

B) **Erreur de dosage grossière dans une injection effectuée par une infirmière sur prescription médicale**

En 1933, un médecin prescrivit chez un patient atteint de syphilis héréditaire, une série d'injections intra-musculaires; il pratiqua lui-même la première injection à son cabinet, puis il indiqua à la famille une infirmière capable de poursuivre le traitement à domicile afin d'éviter des déplacements au patient qui habitait assez loin.

L'infirmière en question reçut alors du praticien un prospectus contenant la posologie et la recommandation de se conformer aux indications d'un schéma. N'observant pas les prescriptions du médecin et ne tenant pas compte du prospectus, l'infirmière injecta au total une dose quatre fois plus forte. Le malade mourut peu après.

Le 24 octobre 1935, le Tribunal correctionnel d'Abbeville (150) acquitta le médecin et retint la seule responsabilité de l'infirmière, notamment pour les motifs suivants:

> «Ne commet aucune faute susceptible d'entraîner sa responsabilité pénale le médecin qui, après avoir ordonné un traitement correct, adéquat et prudent, fait faire des injections sous-cutanées ou intramusculaires par une infirmière, comme cela est d'usage, même dans les services non spécialisés, surtout si l'éloignement du malade empêche le praticien d'administrer lui-même ces piqûres et d'en surveiller matériellement l'effet. L'on ne saurait reprocher au médecin de ne pas avoir insisté sur le caractère vénéneux du produit à injecter si les connaissances de l'infirmière, diplômée de l'Etat, compétente, avertie et expérimentée, ne pouvaient lui permettre d'en ignorer le danger».

C) **Brûlures par bouillotte**

Le 26 mai 1942, la Cour d'Appel de Paris (151) exonéra totalement un chirurgien qui venait de procéder à un accouchement et retint la responsabilité de la seule infirmière qui brûla gravement un nouveau-né en plaçant une bouillotte trop chaude à ses côtés. Le Tribunal avait estimé que «cette faute ne pouvait être rattachée aux prescriptions défectueuses du médecin».

(149) Arrêt cité par KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 928.
(150) Gaz.Pal. 1936.1.76.
(151) Gaz.Pal., 1942.2.58.

D) **Erreur de groupage sanguin**

1) Dans une clinique, une garde-malade T. portait abusivement le titre d'infirmière et exécutait régulièrement des actes réservés aux auxiliaires médicaux « qualifiés ». Un anesthésiste, le Dr X, lui confia deux prélèvements dans le but de déterminer les groupes sanguins de ses deux patients. L'auxiliaire effectua les deux prélèvement puis, par inattention, elle inversa les deux tubes ce qui provoqua une erreur dans la détermination des groupes sanguins respectifs. L'anesthésiste transfusa alors le malade avec du sang qui n'était pas compatible et, malgré tous les efforts de réanimation, le patient décéda.

2) Le Tribunal correctionnel de Toulouse, le 11 janvier 1960 (152), mit hors de cause la clinique et condamna le Dr X... et Mlle T... pour homicide involontaire. La Cour a ainsi jugé le Dr X... personnellement responsable du défaut de surveillance de l'auxiliaire qui était en fait sa préposée occasionnelle :

> « La prise de sang faite pour la recherche du groupe sanguin d'un malade, en vue de la transfusion qui doit accompagner une opération chirurgicale, est un acte préparatoire à celle-ci, relevant normalement, dans l'équipe médicale, de la responsabilité du médecin anesthésiste-réanimateur. »

L'exécution de cette prise de sang ne peut être confiée par le médecin à n'importe quelle infirmière, mais seulement, en application de l'arrêté du 6 janvier 1962, à une infirmière déterminée, dont il a personnellement vérifié la compétence eu égard aux difficultés de chaque cas particulier. Ainsi, au point de vue de la responsabilité encourue, l'infirmière, au moment où elle prélève le sang, est la préposée du médecin et non de la directrice de la clinique :

> « Le médecin responsable de la transfusion sanguine commet le délit d'homicide involontaire lorsque, faisant effectuer par une infirmière non diplômée une prise de sang destinée à classer le groupe sanguin du malade, en vue de la transfusion à recevoir par ce dernier lors d'une opération chirurgicale, il ne met pas spécialement en garde l'infirmière contre le danger mortel qu'engendrerait une confusion de prélèvements, et ne lui donne pas d'instructions précises sur les précautions à prendre pour distinguer sans erreur les prélèvements faits, respectivement,le même jour à deux malades.
> Si une telle confusion a causé la mort d'un de ceux-ci, la faute du docteur en qui ce malade avait placé toute sa confiance qui, seul, savait le risque mortel d'une erreur de classement de groupe, et qui devait retirer le profit pécuniaire et moral de l'intervention, apparaît comme plus lourde que celle de l'infirmière, et doit être plus sévèrement sanctionnée. »

3) Critiquant le fait que le Tribunal ait mis hors de cause la directrice de la clinique, SAVATIER (153) a commenté ce jugement de la façon suivante :

> « La responsabilité pénale de la directrice ne pouvait disparaître du moment que la clinique elle-même s'était prêtée à l'usurpation, par une garde-malade inattentive et ignorante, de la qualité et des fonctions d'infirmière. Car c'est

(152) JCP 1960 II 11591, note R. SAVATIER.
(153) Cf. FROGE, p. 98.

bien comme telle qu'elle l'avait mise à disposition. La directrice de la clinique ne pouvait ignorer que les soins pour lesquels on l'employait étaient ceux qui, d'après l'arrêté du 31 décembre 1947, exigent le concours « d'une auxiliaire médicale qualifiée ». Nous pensons que le jugement se trompe : la clinique encourait une responsabilité beaucoup plus grande. »

4) Le 7 juillet 1960, la Cour d'Appel de Toulouse (154) a réformé le jugement ; elle a acquitté le Dr X... et confirmé en revanche la condamnation de l'infirmière, Mlle T... retenant ainsi une responsabilité pénale exclusive de l'auxiliaire :

« Attendu que la demoiselle T... apposa, sur ses seuls souvenirs, les noms des patients sur les prélèvements au moment de l'envoi au laboratoire et se trompa, affectant à L... le prélèvement de P... et inversement, erreur qu'elle eût évitée si elle avait, dès le prélèvement par elle effectué, mentionné le nom du patient sur l'enveloppe du flacon ;
Attendu, à l'égard de la demoiselle T..., qu'elle a commis la faute déterminante de la mort de L... en se trompant dans la mention du nom du patient sur le flacon contenant le prélèvement ;
Attendu que la demoiselle T... a commis une faute grossière d'étourderie, tenant à la faiblesse humaine, non à son défaut de compétence, les prélèvements ayant été correctement faits au point de vue technique ;
Attendu que cette faute a été exactement dégagée, appréciée et qualifiée par les premiers juges ; que la sanction prononcée a été suffisante et qu'il échet de confirmer sur ce point le jugement du Tribunal Correctionnel de Toulouse ;
Attendu, à l'égard du Dr X..., que rien dans les faits de la cause soumis à l'appréciation de la Cour ne peut être pénalement retenu à sa charge, contrairement à l'appréciation des premiers juges ;
Attendu, en effet, que le Dr X..., qui avait dirigé son malade L... aux fins d'opération chirurgicale dans la clinique, avait la charge d'anesthésiste-réanimateur et devait ordonner et surveiller les soins pré-opératoires ;
Que dans ce but, il ordonna la prise de sang à la demoiselle T... qui lui avait été désignée et fournie avec le matériel nécessaire aux fins recherchées, par la clinique ;
Attendu qu'il était qualifié pour apprécier si le personnel et le matériel avaient la qualité voulue pour assurer les services correspondant à la circonstance ;
« Attendu qu'il avait jugé que la demoiselle T... était apte à faire le prélèvement sanguin ; que cette jeune personne, employée depuis sept ans dans diverses cliniques, était depuis plusieurs mois affectée au service chirurgical de la clinique où elle avait donné satisfaction aux chirurgiens et au Dr X... lui-même qui lui avait, dans des conditions graves, confié son tout jeune fils ;
Attendu, dès lors, qu'il importe peu que la demoiselle T... fût diplômée ou pas, ayant été jugée apte au travail qui lui a été confié ; que d'ailleurs le prélèvement a été normalement effectué et que la faute retenue et sanctionnée contre elle est une inattention, conséquence de la faiblesse humaine, que n'importe quel diplômé ou technicien eût pu commettre, comme il en est tant commis et sanctionné par les tribunaux à l'égard des techniciens et de diplômés ;

(154) JCP 1961 II 11871, note R. SAVATIER, arrêt confirmé par Cass.crim., 16 mai 1961, JCP 1961 II 12315, note R. SAVATIER.

Attendu, en conséquence, qu'il ne peut être retenu comme faute à la charge du Dr X... l'acceptation de la demoiselle T..., dépourvue de diplôme d'infirmière, le défaut de diplôme par elle étant sans relation avec l'étourderie, cause du délit d'homicide involontaire; qu'à tort le Tribunal a jugé autrement;

Attendu qu'il ne résulte pas des éléments soumis à l'appréciation de la Cour, et ceci contrairement à ce qu'a admis le Tribunal, que le Dr X... avait chargé la demoiselle T... de deux prises de sang consécutives ce qui, de sa part, nécessitait une vigilance particulière; qu'en fait, si la demoiselle T... avait à faire deux prélèvements le même jour sur deux malades différents, elle n'avait pas à les faire simultanément; que si elle a agi de la sorte, c'était pour sa commodité personnelle; qu'il n'est donc pas possible de baser sur un fait inexact la responsabilité pénale du médecin et qu'à tort le Tribunal a jugé différemment;

Attendu, enfin, qu'il ne peut être humainement et raisonnablement imposé à un médecin qui a choisi une personne techniquement apte à faire un prélèvement par groupage, qui vit depuis sept ans dans les milieux médicaux et dans les cliniques, de suivre dans les détails infimes l'infirmière qui opère ainsi sur un ordre et qui fait une opération banale d'ordre courant, comportant une attention ordinaire sans rendre impossible une délégation de fonction, si simple soit-elle, et exposer inévitablement à des poursuites pénales le médecin qui fera cette délégation;

Attendu qu'il est superflu de retenir que la demoiselle T... n'avait pas de diplôme, ce qui rendrait à peu près impossible la marche des services hospitaliers;

Attendu qu'il est évident qu'en procédant en l'espèce comme il l'a fait, le Dr X... n'a commis aucun acte pouvant servir de base à une poursuite pénale, basée sur l'article 319 du Code Pénal; qu'à tort le Tribunal a jugé le contraire et qu'il échet de réformer le jugement déféré et de dire que le Dr X... est en voie de relaxe...»

E) **Confusion de médicaments et erreur par surdosage**

L'élève-infirmière, A..., fut chargée par B..., infirmière-diplômée — remplaçant occasionnellement la surveillante de service — de préparer les médicaments à administrer aux malades d'un service de psychiatrie. Le médicament consistait en une potion comprenant du *somnifène* (inscrit en *gouttes* sur le cahier de service) et du sirop de sucre (inscrit en *centimètres cubes*). L'infirmière B... administra le produit contenant 60 cc de somnifène à une première malade S..., qui après en avoir pris une gorgée, refusa le reste de la potion. L'élève-infirmière administra à une seconde malade K... une potion (contenant 30 cc de somnifène), que la malade rejeta quelques instants après. Les deux malades succombèrent à une intoxication due au somnifène, respectivement un jour et 15 jours plus tard.

La Cour d'Appel de Colmar a condamné, le 2 mars 1961 (155) les deux infirmières à une amende avec sursis pour homicide involontaire:

L'élève-infirmière A... s'est rendue coupable de négligence et n'a pas observé les règlements, car il ne fut pas prouvé qu'elle ait été autorisée à préparer

(155) Cf. MARCOUX, op.cit., pp. 221-224.

les médicaments ; en outre, elle aurait dû demander des explications sur la posologie et informer sa supérieure hiérarchique que la malade K... avait rejeté sa potion.

L'infirmière B... est également coupable d'inattention, de négligence, d'inobservation des règlements, car les devoirs qui lui incombaient en tant que remplaçante de la surveillante étaient les mêmes que si elle avait accompli une tâche personnelle. Elle devait contrôler le travail d'une aide non qualifiée en vérifiant la préparation de la potion et son attention aurait dû être éveillée par l'aspect du breuvage et par l'attitude anormale de la malade.

F) Même si la responsabilité du seul auxiliaire n'est en général retenue que sur le plan pénal — qui n'est pas dans notre propos — il nous a paru toutefois intéressant de l'évoquer dans cette section (156).

Section 9. Responsabilité exclusive de la clinique

A) **Erreur de produit commise par une infirmière**

Au cours d'une laparotomie exploratrice pratiquée en 1937, un chirurgien décida de recourir à une anesthésie locale par injections de novocaïne dans le but d'éviter au malade les inconvénients d'une anesthésie générale. Or, par suite d'une erreur, l'infirmière tendit au médecin un verre contenant une solution qui, au lieu d'être la novocaïne, était un mélange de formol ; la mort de l'opéré, qui était en outre d'une faiblesse extrême, fut presque immédiate.

Dans son jugement du 27 juin 1939 (157), le Tribunal de la Seine retint la responsabilité conjointe et solidaire du chirurgien et du directeur de la clinique en considérant « que le chirurgien qui avait la charge de l'opération avait, *par voie de conséquence*, l'obligation de prendre toutes précautions utiles pour éviter toute erreur dans l'injection à laquelle il allait procéder pour obtenir l'anesthésie envisagée et que, ne l'ayant pas fait, il a commis une négligence » (158).

La Cour de Paris réforma ce jugement par un arrêt du 8 octobre 1941 (159), dont les attendus fort pertinents démontrent une connaissance approfondie de la nature particulière de l'acte médical. Pour écarter la responsabilité du chirurgien, la Cour a considéré que :

> « L'on ne saurait qualifier de négligence le fait par un chirurgien de ne pas vérifier la composition du liquide à injecter alors que le flacon présenté par l'infirmière était identique à ceux renfermant de la novocaïne et que le masque opératoire l'empêchait d'en percevoir l'odeur ; (que) l'on ne saurait, en

(156) Cf. encore, entre autres, Trib.civ. de Grasse, 2 juin 1949, jugement cité par KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 930 ; Cour d'Appel de Nancy, 24 novembre 1966, JCP 1967 II 15066, note R. SAVATIER.

(157) Gaz.Pal. 1940.1.63.

(158) Dans le même sens, Cour d'Appel Bourges, 2 février 1938 ; Gaz.Pal. 1938.1.723 ; Trib.civ. Seine, 30 mai 1938 ; Gaz.Pal. 1938.2.364.

(159) Gaz.Pal. 1942.1.59.

effet, exiger du chirurgien qu'il contrôlât par lui-même la composition chimique des médicaments fournis par une pharmacie ou par les services d'une maison de santé, alors que ses soupçons ne peuvent être éveillés ni par la présentation, ni par la couleur ou l'aspect du produit (160). »

B) **Injection pratiquée par une infirmière (voie intraveineuse au lieu de la voie intramusculaire)**

A la suite d'une consultation conjointe dans une clinique, trois médecins (le médecin-traitant, le chirurgien et un consultant) décidèrent de soumettre un patient à un traitement par propidon. L'infirmière de la clinique pratiqua des injections intraveineuses au lieu d'injections intramusculaires. Le malade, victime d'un dommage corporel (phlébite du bras droit chez un intellectuel devant se livrer à des travaux écrits) et d'une atteinte à son avenir économique ouvrit action contre son médecin-traitant ainsi que contre la clinique.

Le Tribunal civil de Bordeaux, le 16 janvier 1950 (161), estimant qu'il était impossible de déterminer quel médecin aurait dû donner des ordres précis à l'infirmière et considérant que l'éventuelle négligence du médecin-traitant n'était pas prouvée, retint la faute professionnelle de l'infirmière — dont la clinique, sa commettante fut déclarée civilement responsable — vu « qu'elle avait le devoir de demander des instructions au médecin au lieu de prendre l'initiative malheureuse dont les conséquences auraient pu être irréparables ».

C) **Injection anti-tétanique effectuée par l'infirmier d'une clinique sur sa propre initiative**

Un jeune homme subit des plaies contuses bénignes de la main. Son médecin-traitant l'adressa à une clinique pour effectuer une radiographie complémentaire. L'infirmier de l'établissement hospitalier pratiqua, sur sa propre initiative et en dehors de toute prescription médicale, une injection de sérum anti-tétanique. Le patient présenta une intolérance sérique qui se compliqua d'une hépatonéphrite dont il mourut quelque temps plus tard. Les parents de la victime ouvrirent action en responsabilité civile contre la clinique.

Le Tribunal civil de première instance retint la responsabilité de la clinique et la condamna à verser des dommages-intérêts. La famille — désirant voir augmenter son indemnité et la clinique, estimant que le médecin avait pour le moins une part de responsabilité, firent appel de cette décision. La Cour d'Appel de Lyon, le 9 mai 1955 (162) relevant que l'infirmier s'était d'une part substitué au médecin traitant, et n'avait pas obtenu d'autre part le consentement libre et éclairé du malade qui était mineur, reconnut l'existence d'une faute professionnelle de l'infirmier, engageant la responsabilité de la clinique, sa commettante.

(160) KORNPROBST (Resp. du médecin, pp. 940-941), commentant cet arrêt, rappelle qu'« il importe que le chirurgien jouisse d'une liberté d'esprit totale et qu'il puisse concentrer sa volonté, sans contrainte ni préoccupations accessoires, sur ce qui est l'essentiel ».

(161) D.1950.122.

(162) JCP 1955 IV 167.

La Cour estima en outre que si l'auxiliaire éprouvait quelque doute, il lui appartenait, en tout cas, d'en référer au préalable au médecin traitant, aucun élément nouveau qui lui était inconnu n'étant intervenu.

D) Injection d'un remède erroné ou altéré

Une injection de sérum avait provoqué chez un patient des accidents cutanés nécessitant une intervention et une greffe. La cause de l'accident était due, d'après les experts, soit à l'altération du sérum utilisé, soit à une erreur dans la fabrication, soit enfin à une confusion dans le choix de l'ampoule.

La Cour d'Appel avait retenu la responsabilité de la clinique estimant « qu'elle avait manqué à son obligation de sécurité, sans qu'il y ait lieu de subordonner cette responsabilité au point de savoir laquelle de ces éventualités s'était réalisée, l'obligation de la clinique consistant à fournir un liquide répondant par sa nature et ses qualités au but poursuivi, et toute injection d'un liquide nocif constituant dès lors un manquement à cette obligation ».

Le pourvoi contre l'arrêt fut rejeté en ces termes par la Cour de Cassation, le 4 février 1959 (163): « La nature du contrat intervenu entre le malade et la clinique implique, en effet, une telle obligation, en raison de la confiance que le malade doit nécessairement faire à la clinique ».

E) Brûlures per-opératoires dues à des appuis-cuisses surchauffés

Le Tribunal Civil de la Seine, le 24 novembre 1959 (164), a rendu le jugement suivant:

> « Attendu que, par exploit le 21 octobre 1958, dame B... a assigné la clinique C..., et X..., docteur en médecine, chirurgien, en paiement in solidum d'une somme de Fr. 450 000.— francs de dommages-intérêts pour réparer le préjudice à elle causé par un accident survenu à l'occasion d'une intervention chirurgicale,
> « Attendu que dame B... a été opérée le 5 décembre 1957 à la clinique C..., par X... ; que, par cette opération, les membres inférieurs de la patiente, préalablement endormie par anesthésie, ont été immobilisés par les soins de l'infirmière panseuse de l'établissement dans des attelles métalliques appelées « appuis-cuisses », que cet appareillage qui avait été précédemment posé sur un radiateur de chauffage central, provoqua sur les cuisses de dame B... des brûlures profondes ;
> Attendu que la demanderesse soutient que le Dr X..., et la clinique C... lui doivent, in solidum, réparation du dommage provoqué par des attelles dont l'un ou l'autre avait la garde, et qui furent apposées par une infirmière dont l'un ou l'autre était le commettant ;
> Attendu que, ni l'une ni l'autre des parties défenderesses ne dénie la faute de l'infirmière, mais que la clinique conclut à la responsabilité du chirurgien, lequel au cours de l'opération aurait eu seul autorité sur l'infirmière, par elle mise à sa disposition, et qui serait ainsi devenue sa préposée ;
> Que X... au contraire fait valoir que la faute a été commise, non dans l'exécution d'un acte médical proprement dit, dont il pourrait avoir la responsabi-

(163) JCP 1959.11046, note R. SAVATIER.
(164) Jugement cité par FROGE, pp. 103-104.

lité, mais au cours d'actes pré-opératoires, relevant normalement de la préposée de la clinique à la salle d'opération;
Attendu, sur le principe de la responsabilité, qu'en tout état de cause le système de responsabilité in solidum proposé par la demanderesse aux motifs précédemment rapportés ne saurait être accueilli, et que le Tribunal doit rechercher dans les circonstances de la cause la responsabilité personnellement encourue par chacun des défendeurs;
Attendu que, dans le complexe des actes, par quoi s'accomplit une opération chirurgicale, *il convient de distinguer ceux qui participent directement de la technique chirurgicale et sont exécutés soit par le médecin lui-même, soit par des tiers, assistants et infirmières notamment, agissant sous sa surveillance ou sur ses prescriptions spéciales, de ceux qui, sans rapport étroit et direct avec cette technique, constituent les soins courants et simples relevant du service hospitalier*;
Attendu que, le fait par l'infirmière préposée à la salle d'opération d'assujettir les appareils de contention sur un patient, constitue bien, dans des circonstances normales, l'*un de ces actes matériels, détachables de l'acte chirurgical, pour l'exécution desquels le praticien doit pouvoir s'en remettre à l'initiative de la clinique;*
Attendu que, reprocher à X... un défaut de surveillance, serait méconnaître les nécessités de la technique opératoire, en imposant aux chirurgiens de disperser sur les circonstances périphériques et normalement bénignes de l'intervention, une attention qu'ils doivent au contraire réserver aux actes essentiels, concentration en laquelle les malades trouvent, en définitive, leur plus efficace protection;
« Attendu qu'il ne saurait d'autant moins être reproché à X... de n'avoir point décelé la température excessive des appuis-cuisses, et les brûlures en résultant, que l'opération en cours se situait à l'abdomen de la patiente;
Attendu que la clinique C... doit être déclarée responsable de la faute commise par l'infirmière dont elle était la commettante; que d'ailleurs en sa qualité de gardienne de l'appareillage elle pourrait être également tenue de réparer le dommage dont elle n'allègue point qu'il ait été causé par un cas de force majeure;
Déclare dame B..., mal fondée en sa demande contre X..., mais bien fondée en celle contre la clinique C...;
Déclare la clinique C... responsable des brûlures subies par dame B... lors de l'intervention chirurgicale du 5 décembre 1957. »

Notons que ce jugement est intéressant en ce qu'il insiste sur la notion d'acte détachable de l'acte chirurgical. Il souligne que « le chirurgien ou le médecin-anesthésiste utilisent des techniques beaucoup trop complexes pour avoir le temps de surveiller les auxiliaires qui exécutent des actes bénins faisant partie de leurs attributions quotidiennes. L'anesthésiste n'intervigt pas, dans le cas présent, car le préjudice n'était pas consécutif à une mauvaise position du malade sur la table d'opération, mais à une contention par un appareillage trop chaud ». Cet acte relève des soins courants et simples qui sont du ressort des auxiliaires: dans des circonstances normales, il s'agit-là d'un des actes matériels détachables des actes anesthésiques et chirurgicaux, pour l'exécution desquels les praticiens doivent pouvoir s'en remettre à l'initiative de la clinique qui, en sa qualité de commettante de l'infirmière, est civilement responsable (165).

(165) FROGE, p. 104.

F) **Mauvaise surveillance d'une parturiente par une sage-femme en clinique**

Une femme, qui avait déjà accouché une première fois par césarienne, avait, au cours d'une seconde grossesse, consulté un gynécologue qui, après examen, décida qu'en principe l'accouchement se ferait par voie normale. Il avait cependant prescrit l'entrée dans une clinique où il opérait au cas où les douleurs devraient s'accentuer. Admise dans cette clinique où elle avait été accueillie par une des sages-femmes qui y étaient attachées, la parturiente décéda d'une rupture utérine après injection de dolosal pratiquée par cette sage-femme qui d'ailleurs n'avait pas exercé une surveillance ininterrompue sur la patiente. En outre, celle-ci n'avait à aucun moment averti le gynécologue ni de l'entrée de sa patiente en clinique, ni de l'accentuation et du caractère anormal des douleurs.

La Cour de Nancy, le 24 novembre 1966 (166), a relaxé à juste titre le gynécologue poursuivi pour homicide involontaire en considérant que :

— l'accouchement normal prévu par lui était techniquement possible ;

— il avait ordonné l'entrée en clinique en cas de difficulté et il n'avait pas été prévenu de ladite entrée ;

— il s'était remis légitimement à la sage-femme du soin d'apprécier le moment où sa propre présence et son intervention seraient nécessaires. « Cette pratique était en rapport avec l'aptitude des sages-femmes, leurs connaissances et leur indépendance professionnelles ».

La responsabilité civile de l'obstétricien fut également dégagée.

Le Tribunal a considéré en revanche que la faute de la sage-femme était évidente et sa responsabilité pénale et civile certaine. En effet, aux yeux des juges, elle avait commis des fautes multiples :

— défaut de surveillance ;

— injection de dolosal masquant des signes prémonitoires de la rupture utérine ;

— omission grave de l'appel du gynécologue (qui avait suivi l'évolution de la grossesse) alors que la marche anormale du travail provoquait des douleurs mal interprétées.

La Cour estima qu'une sage-femme avait une qualification suffisante pour répondre de certains actes, à l'exclusion de l'obstétricien.

> « Ne pas appeler suffisamment tôt le gynécologue constitue une exécution fautive d'un acte détachable de l'acte médical, incombant donc à la clinique (soins courants) qui confie ledit acte à sa préposée ».

Enfin, la Cour retint la responsabilité civile de la clinique, en se fondant sur l'article 1384, par. 5, CCfr., parce que « la sage-femme choisie et rémunérée par la clinique et soumise à un horaire de travail par un roulement, se trouvait dans un lien de subordination économique et juridique avec le propriétaire de la clinique ».

(166) JCP 1967 II 15066, note R. SAVATIER. Cf. aussi en première Instance, Trib.corr. de Mézières-Charleville, 31 mai 1966, dans La Presse Médicale du 10 octobre 1966, avec note de KORNPROBST.

KORNPROBST, dans sa note au jugement du Tribunal de première instance (167), estime que « les sages-femmes, même salariées, par leurs qualifications, leur compétence scientifique et technique pour l'art des accouchements où seules les grandes versions et les prises de forceps leur sont interdites, sont, sur le plan de la responsabilité, assimilables beaucoup plus à des médecins qu'à des infirmiers. Ainsi leur responsabilité devrait demeurer personnelle, sur le plan délictuel tout au moins, sauf si l'accident obstétrical se rattache à une mauvaise organisation ou à un mauvais fonctionnement du service dans la clinique où elles sont attachées ».

SAVATIER (168), pour sa part, remarque que les sages-femmes remplissant les conditions nécessaires pour exercer leur profession, selon le Code de la santé publique français, peuvent pratiquer des accouchements, c'est-à-dire des actes à caractère chirurgical.

Notons, pour conclure, que de nombreux autres arrêts français (169) retiennent également la responsabilité civile de la seule clinique.

Section 10. Responsabilité du seul médecin

A) **Paralysie du nerf radial consécutive à une injection effectuée par une infirmière en présence du chirurgien**

Peu avant une intervention, une infirmière pratiqua, en présence du chirurgien, une injection sur le patient déjà installé sur la table d'opération. « Ayant poussé l'aiguille de la seringue trop profondément, l'auxiliaire provoqua une paralysie par section complète du nerf radial au-dessous de la branche du triceps ».

Se fondant sur l'article 1384 CCfr., le Tribunal de Première Instance, puis la Cour d'Appel de Bourges, le 6 décembre 1949 (170), retinrent la responsabilité du chirurgien à l'exclusion de celle de la clinique où travaillait l'infirmière. Le chirurgien se pourvut en cassation, estimant d'une part que l'accident était dû à

(167) Cf. loc.cit., note précédente.

(168) Traité, p. 53.

(169) a) *Deux arrêts concernant les erreurs de groupe sanguin lors d'une transfusion:*
Cour d'Appel Toulouse, 14 octobre 1959, JCP 1960 II 11402, note R. SAVATIER; Cour d'Appel Toulouse, 7 juillet 1960, JCP 1960 II 11671, arrêt confirmé par Cass.crim. 16 mai 1961, JCP 1961 II 12315.

b) *Brûlures post-opératoires:*
Cour d'Appel Aix, 9 juillet 1951, cité par MARCOUX, p. 273; Tribunal civil de la Seine, 24 juin 1952, S. 1952.682; Cass.civ. 11 juin 1963, JCP. 1963.1307.

c) *Défaut dans les soins post-opératoires:*
Cour d'Appel Lyon, 29 octobre 1951, Gaz.Pal. 1951 II 430; Cour d'Appel Paris, 21 juillet 1953, cité par MARCOUX, pp. 258-259; Trib.corr. Anvers, 22 septembre 1965, cité par DE VILLE DE GOYET, p. 19.

d) *Défaut de surveillance du réveil de l'opéré:*
Arrêt canadien dans Canad. medic. Assoc., J. 1972, 107, 348-350, cité par la Nouvelle Presse Médicale, 11 novembre 1972, N° 40.

(170) JCP 1950.11.5479, note R. RODIERE.

une aiguille appartenant à la clinique et maniée par un membre de son personnel et, d'autre part, que l'infirmière agissait en qualité de préposée de l'établissement hospitalier.

La Cour de Cassation (171) rejeta le pourvoi, considérant que la Cour d'Appel avait légalement fondé sa décision « par une exacte application des dispositions de l'article 1384 CCfr. »:

> « L'infirmière se trouvait soumise à l'autorité du chirurgien qui avait seul qualité pour donner des ordres et des instructions sur la manière de remplir ses fonctions et, par suite de l'existence de ce lien de subordination, la responsabilité civile du fait d'autrui incombant normalement à la clinique, se trouve déplacée et incombe au chirurgien seul... quelles que soient les capacités professionnelles du préposé, lui-même muni d'un diplôme, elles ne peuvent être invoquées par le commettant pour s'exonérer de sa responsabilité... »

B) **Brûlures profondes dues à un traitement radio-électrique exécuté par une infirmière**

Un médecin avait confié à une infirmière d'une clinique l'exécution d'un traitement radio-électrique auquel il avait décidé de soumettre un jeune enfant pour soigner chez lui des séquelles de poliomyélite. Une première séance se déroula sans incident en présence du radiologue; le surlendemain, eut lieu une deuxième application; deux jours plus tard, l'infirmière réglait seule la seconde séance d'ondes courtes au cours de laquelle l'enfant fut profondément brûlé.

L'expert fut très sévère (172): « La brûlure était la conséquence directe d'une application anormalement importante d'ondes courtes et ses effets extrêmement lourds de lésions osseuses étaient irrémédiables ». L'infirmière, après avoir mis l'appareil en marche, s'était retirée, laissant le bébé seul avec sa mère; elle avait oublié de couper le courant en temps voulu.

La Cour d'Appel de Lyon, le 20 octobre 1955 (173) retint les considérants suivants:

> « La responsabilité de l'opératrice est d'autant plus accusée qu'elle ne pouvait ignorer ni les conséquences dangereuses d'une erreur dans la durée d'application du traitement, ni que le seul mode de contrôle réellement pratiqué de l'énergie absorbée par le malade consiste à noter la sensation thermique anormale que le patient peut éprouver et traduire clairement, d'où il suit qu'en présence d'un tout petit enfant, l'attention et la surveillance de l'infirmière s'imposaient avec une rigueur particulière...
> « En se substituant au médecin, l'infirmière n'accomplissait pas son activité propre; loin de donner des soins de sa compétence habituelle (174), elle appliquait un véritable traitement physiothérapique sur les instructions techniques que, seul, le radiologue était en mesure de lui donner et en droit de contrôler...

(171) Cass.civ., 15 décembre 1955, JCP 1956.11.9106, note R. RODIERE.
(172) Cf. KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 931-932.
(173) JCP 1956.IV.35.

> A bon droit, les premiers juges ont déclaré que la responsabilité du médecin était seule engagée dans la réparation du dommage...
> S'il est d'habitude courante que les radiologues s'en remettent à leurs infirmières pour les applications d'ondes courtes et de courant galvano-faradique, ils ne peuvent le faire qu'à leurs risques et périls... »

KORNPROBST (175) remarque à juste titre que « le geste de l'infirmière était d'autant moins détachable qu'il était l'acte médical lui-même, accompli aux lieu et place du praticien »; il relevait donc de la seule compétence médicale.

C) Brûlures causées par une bouillotte trop chaude pendant un choc opératoire traité par le chirurgien lui-même

Il peut arriver que la faute de l'infirmière engage la responsabilité civile du médecin, dès lors que celui-ci — étant présent lors de l'exécution défectueuse de l'acte dommageable — avait conservé vis-à-vis du personnel que la clinique met à sa disposition le « pouvoir exclusif de direction » (176).

Une patiente avait subi dans une clinique une opération de chirurgie esthétique; ramenée dans sa chambre encore sous anesthésie, elle reçut pendant plusieurs heures, en raison de son état alarmant (choc opératoire), les soins nécessaires que lui prodigua le chirurgien. La mise en place des bouillottes eut lieu en présence du médecin; la malade subit de graves brûlures consécutives à la faute de l'infirmière qui avait placé des bouillottes.

En première instance, le médecin fut reconnu seul responsable. Il fit appel du jugement.

La Cour d'Appel de Paris, le 4 février 1957 (177), confirma le jugement attaqué et mit la clinique définitivement hors de cause, considérant que « les circonstances extraordinaires qui commandèrent l'emploi d'une bouillotte n'entraient plus dans le cadre normal des soins incombant à l'infirmière, mais constituaient un prolongement direct de l'opération pratiquée par le chirurgien qui conservait alors, pour les soins à donner, son pouvoir exclusif de direction et de surveillance ». Relevons quelques attendus intéressants de cet arrêt:

> « Considérant que l'appelant fait valoir, en faisant état des conclusions du rapport des experts qu'il n'a commis aucune faute non seulement dans l'intervention chirurgicale proprement dite, mais non plus dans les soins pré ou post-opératoires et déclare qu'il doit donc être déchargé de toute responsabilité concernant les conséquences dommageables des brûlures causées par les bouillottes, le placement de celles-ci entrant selon lui dans le domaine des soins à donner par l'infirmière, et très subsidiairement demande à la Cour de réduire très sensiblement le montant des dommages-intérêts;

(174) Les applications d'ondes courtes sont classées dans la troisième catégorie d'actes médicaux par l'arrêté ministériel du 31 décembre 1947; mais la Cour ne paraît pas avoir voulu s'y référer (cf., supra, section 5, pp. 345-346).

(175) Resp. du médecin, p. 932.

(176) MARCOUX, op.cit., p. 278.

(177) Arrêt cité par MARCOUX, pp. 278-280.

Considérant qu'en l'espèce il importe avant tout de retenir comme l'ont très judicieusement fait les premiers juges, les circonstances exceptionnelles dans lesquelles lesdites bouillottes ont été placées;
Considérant qu'il résulte en effet des circonstances de la cause que lorsque la dame F..., toujours sous sommeil anesthésique, fut reconduite dans sa chambre, celle-ci était dans un état de choc très inquiétant, cyanosée, respirant difficilement, avec un pouls à peine perceptible;
Considérant que le docteur X..., immédiatement alerté, s'empressa autour de sa malade au chevet de laquelle il demeura de 19 heures à 21 heures, lui prodiguant les soins que commandait cette situation alarmante;
Considérant que parmi ces soins donnés par le docteur X... ou en sa présence et sous sa direction, se situe le placement des bouillottes; que dès lors il importe peu de rechercher qui de l'infirmière ou du docteur a effectivement placé lesdites bouillottes, puisque les conditions extraordinaires qui commandèrent leur emploi font que le soin de réchauffer la malade n'entrait plus dans le cadre normal des soins hospitaliers incombant à l'infirmière, mais constituait bien alors un prolongement direct de l'opération pratiquée par le docteur X... qui conservait dès lors pour les soins à donner son pouvoir exclusif de direction et de surveillance et qui au surplus ne nie pas avoir ordonné «que la malade soit réchauffée pendant le même temps qu'il surveillait le pouls et pratiquait la respiration artificielle» (lettre du docteur X... du 2 juillet 1953);
Considérant que c'est donc à bon droit que la responsabilité du docteur X... fut seule retenue par le jugement attaqué;
Considérant que la Cour trouve dans les circonstances et documents de la cause les éléments suffisants pour fixer à Fr. 2 500 000 le montant des dommages-intérêts en réparation du dommage subi par la dame F..., toutes causes confondues et intérêts compris à ce jour».

D) Anesthésie donnée en l'absence d'un médecin-anesthésiste

En pratiquant personnellement l'anesthésie (locale ou générale) ou en la confiant à une infirmière même qualifiée, le chirurgien engage sa seule responsabilité (178).

1) Une jeune femme décéda à la suite d'une amygdalectomie, pratiquée sous anesthésie générale avec intubation nasale effectuée par une infirmière. La Cour d'Appel de Paris, le 16 décembre 1964 (179), retint la responsabilité civile de l'otorhinolaryngologue:

(178) Anesthésiologie, N° 5, mai 1964 (numéro spécial: La responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), p. 284.

F. LEYMARIE, p. 16: «Mais aujourd'hui encore, un auxiliaire médical, étudiant ou infirmière, peut en principe procéder à une anesthésie. Toutefois, il n'intervient que sous la responsabilité et la surveillance directe d'un docteur en médecine, chirurgien le plus souvent. Ce médecin apparaît alors comme le commettant de l'aide-anesthésiste. Par suite, il doit répondre des imprudences ou des maladresses reprochées à ce dernier comme, du reste, des fautes de tout le personnel infirmier dont il assure la direction dans la salle d'opération. Il s'agit-là d'un principe universellement admis, du moins en ce qui concerne la phase opératoire.»

Cass.civ., 15 novembre 1955, D.1956.113, note R. SAVATIER.

(179) Arrêt cité par «Les accidents en thérapeutique oto-rhino-laryngologique – conséquences sur le plan de la responsabilité médicale et essais sur les moyens de leur prévention», ouvrage collectif publié par la société française d'ORL et de pathologie cervico-faciale, Librairie Arnette, Paris 1976 (cité ci-après «ouvrage collectif ORL»).

«Considérant qu'il résulte du rapport établi par... que, lorsqu'il a constaté l'asphyxie progressive de sa cliente, le docteur X... aurait non pas seulement pu, mais dû remplacer l'intubation nasale, faite avec une sonde de calibre réduit, exposée au risque de coudure et de butée, par une intubation orale, c'est-à-dire directe par la bouche, avec une sonde de gros calibre.
Considérant que la preuve est ainsi acquise que X... a manqué à l'obligation de moyens qui lui incombait;
Considérant que la résistance à l'insufflation rencontrée par l'infirmière, chargée de celle-ci, suffit à confirmer, en dehors même de toute expertise, que la sonde ne fonctionnait pas comme il le fallait, et qu'il est donc possible d'affirmer que la mort est due à l'emploi de cette sonde et au fait que X... n'ait pas songé à la changer.»

2) Un enfant fut opéré par un otorhinolaryngologue assisté d'un autre spécialiste, l'anesthésie étant confiée à un infirmier anesthésiste diplômé. A la fin de l'intervention, l'enfant se cyanosa et fut victime d'un arrêt cardiaque; l'infirmier l'intuba et tenta de le ventiler. Après avoir été examiné par un cardiologue, puis par un neurologue, l'enfant fut transféré par hélicoptère dans un hôpital universitaire voisin. Etant en coma dépassé, il fut placé dans le service de réanimation où il décéda quelques jours plus tard.

Le 26 novembre 1975, la Cour d'Appel d'Agen (180) condamna l'otorhinolaryngologue en ces termes:

«L'expert commis en première instance, spécialiste d'anesthésie et de réanimation, Professeur agrégé,... a précisé qu'un infirmier anesthésiste était bien en droit, sous le contrôle d'un médecin, de pratiquer une anesthésie générale, mais n'en a pas moins fait des réserves sur le fait qu'à aucun moment il n'avait été fait appel à un médecin anesthésiste-réanimateur».
«En choisissant d'agir comme il l'a fait, avec la seule assistance d'un aide anesthésiste, le docteur Y..., s'il n'a pas transgressé les règles légales, a, sous sa seule responsabilité procédé comme s'il pratiquait lui-même l'anesthésie. Il n'est cependant pas établi qu'il possédait la compétence nécessaire pour l'exercice d'une spécialité qui nécessite, tout de même, trois années d'études supplémentaires après l'obtention du titre de docteur en médecine.
D'autre part, *il apparaît difficile et délicat de pratiquer à la fois une intervention chirurgicale, aussi banale soit-elle, et de surveiller efficacement le processus de l'anesthésie.*
Les données actuelles de la science qui amènent à utiliser des produits, certes efficaces mais puissants, dangereux et d'un maniement délicat, notamment pour l'anesthésie qui n'est autre chose qu'un coma provoqué et dont l'expert judiciaire a noté, dans le cours de son rapport, qu'il s'agissait d'un acte qui n'était pas sans danger, rendent utile et nécessaire l'intervention d'un spécialiste en la matière qui à tout moment, avant, pendant et après l'intervention, jusqu'au réveil du malade, est à même de diagnostiquer tout accident constaté sur la personne de l'opéré, de prescrire en conséquence les thérapeutiques à appliquer et qui n'aurait pas manqué de n'autoriser l'intervention qu'après avoir pris connaissance du résultat des examens pré-opératoires.
Les chances de survie du jeune X... auraient été, ainsi, considérablement augmentées.

(180) Arrêt cité par ouvrage collectif ORL, pp. 62-64.

Il était donc prudent pour le docteur Y... en vertu du contrat le liant à son malade, de le faire bénéficier, pour l'ensemble de son intervention, de soins consciencieux, attentifs et conformes aux données de la science, de se faire assister d'un médecin anesthésiste-réanimateur, dont le seul infirmier auquel il a fait appel ne pouvait avoir la compétence, quelle que soit sa valeur professionnelle.
En ne respectant pas ces règles de prudence, le docteur Y... a engagé sa responsabilité, car même s'il n'est pas évident que les traitements qu'aurait pu administrer un médecin spécialiste pour combattre l'accident auquel l'opéré a succombé, en auraient évité les conséquences fatales, il est en revanche certain, qu'en ne recourant pas à ses services, il a compromis les chances de survie de son malade. Il doit en conséquence réparation aux parents de X... du préjudice causé par la perte de cette chance, imputable à son imprudence ».

Section 11. Responsabilité conjointe du médecin, de la clinique ou de l'auxiliaire

La faute de la clinique ou d'un auxiliaire peut se conjuguer avec celle du médecin, notamment quand la négligence ou l'imprudence d'une infirmière aurait pu être évitée par une surveillance plus étroite ou par des instructions plus précises de la part du praticien. La répartition des fautes pose alors un problème délicat et la jurisprudence retient souvent une responsabilité conjointe (181).

A) **Injection effectuée par une infirmière diplômée sur prescription du médecin — Défaut d'asepsie**

Au lendemain de la guerre 1914-1918, un médecin de Nîmes soigna deux sœurs atteintes de fièvre typhoïde. Il prescrivit des injections de strychnine ; une infirmière diplômée, que le praticien n'avait pas choisie, était au chevet des deux malades. Les deux sœurs décédèrent bientôt et l'autopsie révéla que la mort avait été causée par une infection généralisée consécutive à des abcès multiples apparus au niveau des piqûres pratiquées pour des injections sous-cutanées ; une expertise démontra un défaut manifeste d'asepsie et une faute certaine de l'infirmière ; ses titres, ses connaissances, son expérience, sa capacité étaient cependant connus ; le traitement prescrit était classique.

Le Tribunal civil de Nîmes (182) retint la responsabilité concurrente du médecin et de l'infirmière, relevant un défaut de vigilance imputable au praticien :

« Attendu que, dans le cas où une infirmière est appelée à donner des soins à un malade, le médecin traitant doit surveiller de très près les actes de sa collaboratrice (183), car les conséquences d'un oubli ou d'une négligence de

(181) SAVATIER, Traité, p. 407 ; BOYER CHAMMARD, p. 168 ; DEROBERT, p. 300.
(182) Arrêt cité par KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 953-954.

cette dernière peuvent être des plus graves et aller même jusqu'à annuler les effets attendus d'un traitement médical...
Attendu que, moins un docteur connaît ses infirmières, plus il doit les surveiller attentivement...»

B) **Surdosage d'un produit absorbé par un patient et donné par une infirmière**

Un médecin de Versailles, possédant un laboratoire, prescrivit à une malade souffrant d'un taenia, des perles d'éther et de l'eau chloroformée. Il ordonna à sa préparatrice, une infirmière, de délivrer ces deux médicaments; l'infirmière apporta les produits dans une boîte et un flacon sur lesquels le praticien colla lui-même les étiquettes. La malade aborba l'eau chloroformée, expulsa le taenia et, après un sommeil profond mais court, mourut trente-deux heures plus tard dans d'abominables douleurs. L'infirmière avait rempli le flacon de chloroforme pur; la patiente en avait absorbé 40 gr. environ au lieu des 0.30 gr. prescrits par l'ordonnance.

La Cour d'Appel de Paris, le 10 mars 1932 (184), retint une faute incontestable de l'infirmière, mais également une faute du médecin. Selon le tribunal, le manque de surveillance était patent et le praticien avait en outre eu le tort de ne pas enfermer le chloroforme pur dans une armoire fermée à clef de son laboratoire, comme il en avait légalement l'obligation. En fait, c'est en sa qualité de directeur de son laboratoire et non de médecin que le praticien fut condamné par la Cour.

C) **Cataplasmes brûlants placés par une infirmière en présence du médecin sur le ventre d'un patient encore endormi**

A la suite d'une opération pratiquée en 1935 dans une clinique parisienne, une infirmière de l'établissement avait placé, en présence du chirurgien, un cataplasme brûlant qui causa de graves lésions sur le ventre de la malade encore endormie. La clinique est mait que l'infirmière n'était plus sa préposée lors de l'application du cataplasme,mais qu'elle était devenue celle du chirurgien qui, en donnant l'ordre d'apposer le révulsif, en avait fait sa propre auxiliaire.

La Cour d'Appel de Paris, le 22 juin 1943 (185), écarta cet argument en retenant, en fait, que le cataplasme avait été appliqué après une anesthésie et «selon une tradition thérapeutique de la maison de santé». Le Tribunal décida notamment:

«Il est de règle dans les hôpitaux et les maisons de santé que l'infirmière qui surveille le malade confectionne et applique les cataplasmes révulsifs destinés à prévenir les complications pulmonaires; par suite, la clinique dont

(183) Etant donné la fréquence des piqûres, le nombre de visites effectuées et la gravité des abcès apparus, le médecin aurait dû relever les négligences de l'infirmière, demander des explications, rechercher les causes d'une évolution anormale de la maladie, l'apparition de symptômes que rien n'expliquait cliniquement.

(184) Arrêt cité par KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 942.

(185) Gaz.Pal. 1943.2.90.

l'infirmière est l'employée, qui l'appointait et l'avait affectée aux soins de l'opérée, est bien responsable de sa préposée; au surplus, la clinique devait répondre de la faute qu'elle a personnellement commise en choisissant et en engageant à son service une infirmière incapable de discerner la température exagérée d'un cataplasme qu'elle avait confectionné».

En outre, c'est en raison d'un défaut de surveillance reproché personnellement au médecin sous les yeux duquel le cataplasme avait été posé, que la Cour retint aussi une part de responsabilité à la charge de ce dernier.

D) Injection d'un médicament erroné par une sage-femme

Une sage-femme reçut d'un laboratoire un médicament qu'elle crut être un sérum physiologique. Elle pratiqua une injection sans prendre garde au phénomène exceptionnellement douloureux provoqué par le produit administré qui était en fait un sérum hypertonique à 20%. Puis elle quitta la malade avec une précipitation témoignant d'autant d'insouciance que de légèreté.

Le Tribunal civil de Clermont-Ferrant, le 18 octobre 1950 (186), reprocha cette attitude à la sage-femme; il mit à la charge du pharmacien fournisseur les 8/12 de la responsabilité, 3/12 à la charge du laboratoire et seulement 1/12 à la charge de la sage-femme, compte tenu des autres circonstances de l'espèce qui commandaient de ne pas trop la charger.

E) Electrocoagulation lors d'une opération et brûlure de l'opéré

Lors d'une intervention chirurgicale, consistant en une résection et une coagulation d'hémorroïdes, une patiente subit des brûlures profondes par suite du branchement défectueux des électrodes imputable à l'infirmière de la clinique. La victime, C..., ouvrit action contre le chirurgien X... et la clinique Y...

Le Tribunal de première instance reconnut le chirurgien seul civilement responsable de la faute de l'infirmière considérée comme sa préposée occasionnelle et il mit la clinique Y... hors de cause. Le chirurgien fit appel de ce jugement ainsi que la lésée qui voulait voir augmenter son indemnité.

Le 15 juin 1954, la Cour d'Appel de Paris (187) réforma profondément le jugement de première instance.

La Cour, comme le note MARCOUX (188), analysa avec pertinence le fondement des rapports de droit entre les parties; elle constata que la patiente C... avait conclu deux contrats distincts: l'un avec la clinique Y... qui devait lui assurer une hospitalisation correcte et sans danger; l'autre avec le chirurgien qui

(186) Jugement cité par KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 954 qui remarque que cet arrêt est intéressant par le dosage des responsabilités qu'il a établi.

(187) D. 1954.649.

(188) Op.cit., p. 269.

Notons que cet arrêt ne fait pas appel, à la différence de beaucoup d'autres décisions judiciaires, à la théorie de la préposition occasionnelle fondée sur l'art. 1384 CCfr., mais plutôt à la théorie de la responsabilité contractuelle du médecin quand il confie tout ou partie de ses obligations à un tiers (cf., à ce propos, supra, section 7, litt. D).

s'engageait à lui prodiguer des soins consciencieux et attentifs. En contre-partie, la malade s'était obligée à verser des honoraires au chirurgien et à régler les frais d'hospitalisation. Il s'ensuit que la clinique devait répondre de l'inexécution de l'obligation que le contrat mettait à sa charge, à savoir le branchement correct de l'appareil, effectué par son auxiliaire. En outre, le chirurgien devait répondre de la mauvaise exécution de ses obligations de moyens — notamment le contrôle de l'appareil dont il s'est abstenu ou qu'il a omis — envers le malade.

La Cour retint ainsi la responsabilité solidaire de la clinique et du chirurgien, en se fondant sur les attendus suivants:

> «Considérant sur la responsabilité, qu'il résulte du rapport des experts commis par ordonnance de référé et dont les conclusions ont été contradictoirement discutées à l'audience, que l'appareillage électrique ne peut être incriminé et que les brûlures ont été provoquées par une différence de potentiel entre l'électrode dorsale et la table d'opération, due à un branchement défectueux des conducteurs par l'infirmière de l'hôpital commandant le poste;
>
> Considérant que la mise en état préalable des appareils électriques incombe à la clinique, responsable des fautes commises par ses préposés; que tenue contractuellement à l'égard de demoiselle C., à qui la salle d'opération était louée, ainsi qu'il résulte d'une note présentée par l'hôpital Y..., elle doit répondre non seulement de l'inexécution provenant de son propre fait, mais de celle résultant du fait des personnes qu'elle avait chargées d'exécuter à sa place; que lors de la préparation des appareils effectuée avant l'arrivée du chirurgien, les infirmières ne pouvaient être que sous la dépendance de la clinique; qu'ainsi la faute de l'infirmière qui effectua le branchement défectueux étant démontrée, la responsabilité de l'hôpital Y... se trouve engagée sans qu'il soit nécessaire de rechercher s'il existait à sa charge une obligation déterminée à l'égard de sa cliente;
>
> Considérant que le docteur X... avait l'obligation, avant de pratiquer son intervention de vérifier lui-même si les appareils n'étaient pas susceptibles de causer un accident à un malade anesthésié, qu'en effectuant une section coagulation sans cette vérification préalable, il a également commis une faute;
>
> «Considérant que la faute de l'infirmière comme celle du chirurgien ont concouru à réaliser l'entier dommage; que si les responsabilités de la clinique et du chirurgien sont de nature contractuelle, en l'espèce, demoiselle C. avait conclu avec eux des contrats séparés, et sans lien entre eux, le docteur X... étant son chirurgien; qu'on ne saurait opposer à l'obligation de réparer tout le préjudice qui pèse sur chacun des coauteurs responsables, la règle de l'article 1202 Code civil, celle-ci ne s'appliquant que lorsque les débiteurs se trouvent liés au créancier par ce même engagement;
>
> Considérant que dans leurs rapports réciproques il échet, compte tenu des circonstances de la cause, de partager par moitié la responsabilité du docteur X... et de l'hôpital Y...;
>
> Considérant sur le préjudice que la Cour trouve dans les rapports d'expertise les pièces des dossiers régulièrement communiqués entre les parties et discutés à l'audience, des éléments d'appréciation suffisants pour chiffrer à ce jour à Fr. 2 200 000 toutes causes de préjudice confondues, la somme due à la demoiselle C...
> Par ces motifs, joint les causes, déboute le docteur X... de son appel et faisant droit aux appels de demoiselle C... fixe à Fr. 2 200 000 la somme due à ce jour

à demoiselle C... en réparation du préjudice par elle subi ; dit le docteur X... et l'hôpital Y... tenus in solidum à l'égard de demoiselle C... et pour moitié dans leurs rapports. »

F) Bouillotte trop chaude placée pendant l'opération par une infirmière sous le coude de la patiente

Une clinique avait mis à la disposition d'un chirurgien une infirmière qui, durant l'intervention, plaça par erreur une bouillotte trop chaude sous le coude d'une patiente qui subit ainsi de graves brûlures. L'opération avait eu lieu dans des conditions d'extrême urgence, la patiente étant déjà dans un pseudo-coma provoqué par une hémorragie consécutive à une intervention antérieure pratiquée par un autre chirurgien. Le second chirurgien poursuivi avait réclamé un coussin chauffant, non seulement pour soutenir le bras de la malade qu'il opérait, mais pour dilater la veine dans laquelle il voulait pratiquer une injection qui, d'ailleurs, sauva sa vie.

La Cour d'Appel de Monaco, le 9 avril 1956 (189), confirmant le jugement de première Instance, partagea, à juste titre par moitié, la responsabilité du dommage entre le chirurgien et l'infirmière de la clinique. Contre le chirurgien, la Cour retint une faute d'inattention « de ne pas avoir remarqué, à quelques centimètres du champ opératoire, la présence d'un objet brûlant ». Mais considérant que l'acte incriminé était en soi détachable de l'acte opératoire stricto sensu, elle estima que la responsabilité de l'infirmière était également engagée.

G) Erreur de groupage sanguin lors de transfusions

A la section 8, litt. D, nous avions rapporté un jugement du Tribunal correctionnel de Toulouse du 11 janvier 1960, confirmé par un arrêt de la Cour d'Appel de Toulouse du 7 juillet de la même année, retenant la responsabilité pénale de la seule auxiliaire. Nous voulons reprendre cette affaire, mais sur le plan civil cette fois. Nous rappellerons simplement les faits : une auxiliaire fit successivement deux prélèvements sanguins et inversa les tubes des deux malades. L'un d'entre eux fut opéré et le médecin-anesthésiste le transfusa avec du sang incompatible, ce qui entraîna son décès. Le Tribunal correctionnel de Toulouse statua ainsi sur l'action civile (190) :

« Attendu que la Veuve L... a assigné comme civilement responsable de la demoiselle T... (auxiliaire) à la fois le Dr X... (anesthésiste) et la clinique C..., lesquels ont contesté l'un et l'autre cette responsabilité ;

(189) Arrêt cité et commenté par KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 945. L'auteur estime « qu'il s'agit là d'un de ces cas-limite où le partage de responsabilité n'est peut-être qu'une cote mal taillée entre plusieurs solutions juridiquement valables, mais répond à une équité qui se sent plus qu'elle ne se démontre ».

(190) Trib.corr. Toulouse, 11 janvier 1960, JCP 1960 II 11591, note R. SAVATIER ; ce jugement fut confirmé par la Cour d'Appel de Toulouse, le 7 juillet 1960, JCP 1960 II 11871, note R. SAVATIER.

Attendu que les motifs déjà exposés lors de l'examen de l'action pénale ont fondé la responsabilité du Dr X... sur le défaut de contrôle de la compétence professionnelle de la demoiselle T... et sur l'absence d'instructions particulières données à celle-ci ; que cette décision implique nécessairement sur le terrain civil que cette infirmière se trouvait placée sous l'autorité et la surveillance du Dr X... ; qu'il échet, néanmoins, de répondre de façon plus précise à l'argumentation tant de la partie civile que du défendeur, le Dr X... ;

Attendu, tout d'abord, qu'il convient d'exclure toute responsabilité de la clinique fondée sur le caractère défectueux du matériel, mis à la disposition de l'infirmière ; que ce matériel, flacons et feuille de papier, était celui habituellement utilisé et que c'est dans l'usage qui en a été fait par la demoiselle T... que des fautes ont été commises ;
Que c'est donc sur le seul terrain de la responsabilité du fait d'autrui qu'il échet d'examiner l'action introduite contre la clinique ;

Attendu, en droit, que la responsabilité du fait des préposés, mise à la charge du commettant par l'article 1384, par. 5, du Code civil, suppose que ce dernier ait eu le droit de donner au préposé des ordres ou des instructions sur la manière de remplir des fonctions auxquelles il est employé ;

Attendu qu'il est de jurisprudence constante que le chirurgien ou le médecin chargé d'une opération devient le commettant de l'infirmière mise à sa disposition par une clinique pour l'assister, tant au cours de cette opération que pour les actes pré-opératoires ou post-opératoires qui s'y rattachent ; Attendu que *la prise de sang faite pour la recherche du groupe sanguin d'un malade, en vue d'une transfusion, est un acte préparatoire à cette transfusion et relève de la responsabilité du médecin anesthésiste-réanimateur,* lorsque celui-ci ne s'en est pas déchargé sur un autre médecin ;

Attendu que l'exécution de la prise de sang ne peut être confiée par le médecin à n'importe quelle infirmière, mais seulement par application de l'arrêté du 18 juillet 1956, à une infirmière déterminée dont il a personnellement vérifié la compétence eu égard aux difficultés de chaque cas particulier ;

Attendu que cette prescription réglementaire exclut d'une façon générale que la directrice d'une clinique puisse désigner elle-même une infirmière pour procéder à une prise de sang, et place toujours cet acte sous la responsabilité personnelle d'un médecin ;
Qu'il s'ensuit que, pour un tel acte, l'infirmière échappe à l'autorité de la clinique et ne peut être commise que par un médecin, seul habilité à lui donner des instructions ; que ce dernier devient alors le commettant de l'infirmière ;

Attendu en fait que la demoiselle T... a été mise à la disposition du Dr X... à la clinique D... ; que l'ordre de faire une prise de sang à L... a été donné directement par le Dr X... à la demoiselle T... en dehors de toute intervention de la directrice de la clinique qui n'en a même pas été informée ;

Attendu qu'il apparaît ainsi, tant en fait qu'en droit, que le Dr X... était le commettant de la demoiselle T... et qu'il doit être déclaré civilement responsable de cette préposée ; que, par contre, la clinique D... doit être mise hors de cause ;

Déclare X... civilement responsable de sa préposée T... et le condamne in solidum avec elle en cette qualité. Et statuant sur leurs conclusions dit et juge que *la responsabilité de la mort de L... incombe pour deux tiers à X... et pour un tiers à T... ; les condamne en conséquence, conjointement dans cette proportion et solidairement pour le tout à payer ; met hors de cause la clinique.* »

H) **Erreur de transfusion sanguine due à une infirmière aide-anesthésiste**

Une patiente, T..., subit une opération dans une clinique, Z... ; l'anesthésie était assurée par un médecin spécialiste, Y..., assisté d'une infirmière aide-anesthésiste diplômée, R... Après avoir transfusé 4 flacons de sang O (étiquette rouge) en cours d'intervention, l'infirmière fut chargée de procurer deux flacons supplémentaires. Elle se rendit au poste de transfusion où le sang du groupe O étant stocké dans un frigidaire spécial, celui des autres groupes se trouvant dans un second frigidaire. Elle se trompa d'armoire frigorifique et rapporta en salle d'opération 2 flacons du groupe A (étiquette verte). L'erreur fut découverte quelques heures après par la famille. Malgré le traitement instauré, la malade mourut. L'infirmière et le médecin-anesthésiste furent poursuivis pour homicide involontaire.

Le Tribunal correctionnel de Chalons sur Marne, le 8 juin 1966 (191), a retenu les considérants de fait et de droit suivants, que nous rapportons ici dans leur intégralité vu le caractère exemplaire et complexe de la cause :

> « Attendu que, le 17 novembre 1964, à 10 heures, la dame T... subissait à l'hôpital Z... une longue et délicate intervention pratiquée par le docteur X..., chef du service de chirurgie ; que le docteur Y... assisté à partir de 11 h 45 par la demoiselle R... était chargé d'assurer l'anesthésie, de surveiller l'état et les réactions de la patiente pendant l'opération, de veiller à sa réanimation ;
> Attendu que le sang de la dame T... appartenait au groupe O positif ; que, dès le début de l'intervention, le docteur Y... mettait en œuvre une perfusion sanguine en utilisant successivement 4 flacons de sang portant les N° 1937, 1953, 1928 et 1945 dont il avait préalablement et personnellement vérifié l'identité avec le groupe sanguin de la dame T...
> Attendu qu'entre 12 h 10 et 12 h 30, lorsque le dernier de ces flacons était entamé, le docteur Y... demandait à la demoiselle R... d'envoyer chercher deux nouveaux flacons de sang pour continuer la perfusion ;
> Attendu que l'aide-soignant qui se chargeait habituellement de cette mission n'étant pas disponible, la demoiselle R... après s'être munie de la fiche de groupe sanguin de la dame T..., se rendait elle-même au poste de transfusion de l'hôpital ;
> Attendu qu'entre 12 heures et 14 heures, le personnel spécialisé de ce poste est absent, que les flacons de sang mis à disposition des services hospitaliers sont contenus dans deux réfrigérateurs porteurs d'étiquettes très apparentes dont l'un réservé au groupe O (étiquette rouge) et l'autre aux autres groupes, que les flacons eux-mêmes sont revêtus d'étiquettes également très apparentes, de couleurs différentes, permettant aisément et à plusieurs mètres de distance, comme le tribunal l'a constaté à l'audience, d'identifier le groupe de sang qu'ils contiennent ;
> Attendu que néanmoins, la demoiselle R... se trompait à la fois de réfrigérateur et de flacons et emportait en salle d'opération deux flacons N° 1982 et 1995 du groupe A (étiquette verte) incompatible avec le groupe O positif du sang de la dame T... ; qu'avant de quitter le poste de transfusion, la demoiselle R... négligeait, comme elle en avait pourtant l'obligation, de remplir la fiche usuelle destinée au personnel de ce poste et mentionnant le numéro des flacons emportés, leur groupe sanguin, le malade ainsi que le service hospitalier destinataires ;

(191) Arrêt cité par MARCOUX, op. cit., pp. 225-229.

Attendu que, vers 13 heures, le docteur Y... saisissait le flacon N° 1982, enlevait lui-même la pellicule de matière plastique protégeant le bouchon et ordonnait à la demoiselle R... de mettre le flacon à la place de celui qui achevait de se vider, ordre que la demoiselle R... exécutait sur-le-champ; qu'à partir de cet instant, la dame T...recevait un sang incompatible avec le sien;
Attendu que, sur la feuille d'anesthésie, la demoiselle R... notait la mise en perfusion du flacon 1982, mais, persévérant inexplicablement dans son erreur, portait la mention du groupe (O) positif qui était fausse;
Attendu que, vers 13 h 30, le flacon 1995 était à son tour mis en place par une infirmière qui n'a pu être identifiée; que l'opération étant terminée, la dame T... était ramenée dans son lit, sans que la perfusion nocive fût interrompue;
Attendu que, peu avant 15 heures, les beaux-parents et la sœur de la dame T... se rendaient à son chevet; qu'ils constataient que le flacon utilisé pour la perfusion portait une étiquette verte sur laquelle étaient inscrites les lettres A-Rh alors que la carte de groupe sanguin placée en évidence sur une table au pied du lit indiquait que le malade appartenait au groupe O;
Attendu que les visiteurs de la patiente, dépourvus de connaissances médicales, songeaient d'autant moins à s'étonner et à s'alarmer qu'une infirmière et une religieuse de l'hôpital venaient, en leur présence, donner des soins à la dame T... sans faire aucun cas de cette anomalie;
Attendu qu'à 15 heures, le docteur X... venait visiter sa patiente; qu'alarmé par son état, après avoir éloigné la famille, il faisait ramener la dame T... en salle d'opération et, supposant, sans doute, qu'un vaisseau avait été insuffisamment obturé, procédait à la réouverture de la plaie opératoire; que le docteur Y... ayant regagné son domicile, la demoiselle R... le rappelait à l'hôpital où il arrivait vers 15 h 15; que, quelques instants après, l'erreur de groupe sanguin était découverte;
Attendu qu'un traitement d'urgence était aussitôt mis en œuvre; qu'après consultation du service du Professeur Hamburger à l'hôpital Necker, à Paris, une exsanguino-transfusion était pratiquée vers 19 heures; que la dame T... expirait à 22 heures;
Attendu que le rapport d'expertise et la déposition du docteur F... soulignent justement que, s'il n'existe pas de réglementation officielle concernant les modalités des transfusions, « les précautions que l'on doit prendre à partir du moment où une transfusion est ordonnée sont commandées par la conscience de la facilité avec laquelle les erreurs sont commises à tous les stades »;
Attendu que les deux prévenus avaient, en l'espèce, l'obligation de redoubler de vigilance en l'absence du contrôle exercé par le personnel spécialisé du poste de transfusion, absence que la demoiselle R... a constatée et que le docteur Y... ne pouvait ignorer;
Attendu qu'infirmière expérimentée et titulaire du diplôme d'aide-anesthésiste, demoiselle R... possédait les connaissances nécessaires pour réaliser l'utilité d'une vérification attentive et prévoir les conséquences d'une erreur transfusionnelle;
Attendu que l'erreur initiale commise par cette aide-anesthésiste révèle une totale inattention qui témoigne d'une méconnaissance absolue de ses devoirs; que, même un profane, pour peu qu'il ait jeté un coup d'œil sur les étiquettes très visibles portées sur les réfrigérateurs du poste de transfusion et sur les flacons de sang, n'aurait pas commis la confusion dont la demoiselle R... s'est rendue coupable;
Attendu que c'est également à tort que la demoiselle R... s'est dispensée de remplir la fiche destinée au poste de contrôle et a ainsi gaspillé une chance de

s'apercevoir de son erreur; qu'elle a cru s'excuser de cette négligence en soutenant qu'elle avait pensé que la rédaction de cette fiche servait uniquement à la comptabilisation des flacons utilisés hors de l'hôpital; mais que cette prétention est incompatible avec la rédaction de la fiche qui porte une mention imprimée relative à la désignation du service hospitalier destinataire du flacon;

Attendu qu'il paraît difficilement croyable que la demoiselle R... n'ait pas jeté sur les flacons qu'elle transportait en salle d'opération un seul regard qui lui aurait immédiatement révélé son erreur, que pendant l'intervention, elle ne se soit pas aperçue que le flacon N° 1995 qu'elle mettait en place n'était pas identique au flacon vide qu'il remplaçait, qu'elle ait mentionné sur la feuille d'anesthésie que le flacon 1995 contenait du sang du groupe O;

Attendu que ce comportement fait apparaître non une défaillance isolée, mais une série de négligences dont la continuité et la répétition sont inexcusables;

Attendu que le docteur Y... soutient qu'absorbé par la surveillance de l'opérée, il n'avait pas à contrôler personnellement la mise en place des flacons de sang utilisés pour la perfusion, tâche qui incombait à l'infirmière, aide-anesthésiste spécialement qualifiée; qu'au surplus, selon lui, il pouvait surveiller efficacement la perfusion en se contentant de suivre les mentions portées au fur et à mesure sur la feuille d'anesthésie;

Attendu qu'une simple lecture des feuilles d'anesthésie figurant au dossier (cotes 27 et 28) révèle combien un tel mode de surveillance serait illusoire puisque la feuille d'anesthésie figurant sous la cote 27 ne mentionne pas l'utilisation, pourtant effective, du flacon N° 1995 et que la feuille figurant sous la cote 28, relative à la seconde intervention, ne mentionne, après la découverte de l'erreur transfusionnelle, aucun numéro de flacon;

Attendu que le simple bon sens se refuse à admettre qu'un médecin-anesthésiste se dispense de jeter, ne fût-ce qu'un coup d'œil, à chacun des flacons de sang utilisés pour la perfusion qu'il dirige; qu'en l'espèce, la négligence et l'inattention du docteur Y... sont d'autant moins concevables qu'il a tenu entre ses mains le premier flacon nocif; que, de toute évidence « il était en outre de son devoir, avant que la patiente ne soit transportée hors du bloc opératoire, de s'assurer que la perfusion se poursuivait normalement;

Attendu que, sur le plan de la technique médicale, les experts estiment à bon droit que le processus normal des opérations de transfusion comportait un contrôle, en salle d'opération, du travail de la demoiselle R...; qu'à l'audience le docteur F... a précisé que *ce contrôle incombait au docteur Y...* qui ne l'a pas exercé;

Attendu que, sur le plan juridique, « *s'il est de pratique courante que les praticiens s'en remettent à leurs aides ou à leurs infirmiers, ils ne peuvent le faire qu'à leurs risques et périls; qu'ils sont, en effet, personnellement astreints à la surveillance des actes accomplis sous leur direction immédiate pendant l'intervention par le personnel placé sous leurs ordres et commettent une faute engageant leur responsabilité pénale, dès lors qu'ils n'exercent pas cette surveillance avec toute l'attention nécessaire* »;

Attendu qu'il est certain non seulement que le docteur Y... a gravement failli à son obligation de surveillance des actes accomplis sous sa direction immédiate par la demoiselle R... mais encore qu'en cours d'opération, et au moment où la patiente a quitté le bloc opératoire, il a négligé des vérifications qui lui incombaient personnellement; par ces motifs:

Déclare Y... et R... coupables d'avoir, à Z..., le dix-sept novembre mil neuf cent soixante-quatre, par négligence, inattention, involontairement causé la

mort de la dame T..., les condamne, Y... à six mois d'emprisonnement et à trois mille francs d'amende, R... à six mois d'emprisonnement et à cinq cents francs d'amende; dit qu'il sera sursis à l'exécution des peines d'emprisonnement ci-dessus».

Nous aurions pu citer encore de nombreux autres arrêts (192) concernant des cas de responsabilité conjointe du médecin et de la clinique ou d'un auxiliaire; nous nous sommes bornés à rapporter les jugements qui nous ont paru les plus significatifs.

Section 12. A qui incombent les soins post-opératoires?

La répartition des responsabilités respectives du chirurgien, de l'anesthésiste et de la clinique durant la période post-opératoire a suscité de vives controverses (193). Ne tenant pas compte des nécessités de la pratique opératoire moderne, les tribunaux, pendant longtemps, firent preuve d'une sévérité excessive et injustifiée envers le chirurgien (194).

La théorie de l'acte détachable de l'acte opératoire (195) permit cependant à la jurisprudence française de faire enfin une analyse moins sommaire de la réalité comme nous allons le voir maintenant.

(192) Entre autres:

— Cour d'Appel de Paris, 4 juillet 1932, D.1933.2.1131: Condamnation in solidum de la clinique et du médecin.

— Cass.civ. 11 juin 1963, JCP 1965 II 13304bis: Condamnation in solidum de la clinique et du médecin.

— Cour d'Appel de Nîmes, 11 mai 1964, cité par BRUNHES, pp. 62-63: Brûlure du patient par un bistouri électrique mal réparé (responsabilité partagée à raison de 3/4 à la charge du chirurgien et 1/4 à la charge de la clinique).

SJZ 1970, N° 121, pp. 252 ss. cité par Bull. de jurispr. pénale, N° 3, septembre 1972, p. 66:

Les faits: Une femme se fit opérer des amygdales. Par la suite, elle perdit du sang. Le Dr. K..., qui assurait le service de nuit se fit remettre par la garde-malade de service une bombe de spray contenant un anesthésique de surface «pantocaïne-privine 2% ». Il aspergea la plaie et, après avoir épongé le sang, tamponna celle-ci avec du chloride de fer. Le sang continuant de couler, il décida de pratiquer une injection dans le tissu de la plaie. Il demanda de la novocaïne, la garde-malade comprit «pantocaïne». Bien que ce dernier produit ne doive pas être injecté, la garde-malade le remit au médecin. La malade décéda après la piqûre. Condamnation du médecin et de la garde-malade pour homicide par négligence.

L'arrêt: La répartition du travail entre le médecin et la garde-malade a pour but de libérer le médecin pour lui permettre d'effectuer un travail qualifié. Le médecin ne peut toutefois se décharger sur son aide que dans la mesure où celle-ci possède l'habileté et l'expérience correspondantes. Il doit être particulièrement prudent à l'égard du personnel d'un hôpital qui n'est pas entraîné à la collaboration avec le médecin comme l'est, par exemple, l'équipe d'une salle d'opération. Dans ces conditions, le médecin doit s'assurer de ce qu'il injecte en contrôlant l'ampoule vide. D'autre part, la garde-malade doit empêcher le médecin de pratiquer une injection lorsqu'elle s'aperçoit à temps que le produit qu'elle a préparé est dangereux.

(193) Cf. notamment DEROBERT, p. 299.

(194) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 948; PHARAON, p. 120 ainsi que la jurisprudence citée par l'auteur à la note 33.

SAVATIER, Traité, p. 406: Les tribunaux ont autrefois déclaré qu'à partir du moment où le malade va être fixé à la table d'opération et jusqu'au réveil du malade anesthésié, le chirurgien était responsable des fautes commises par le personnel infirmier.

(195) Cf., supra, section 6.

Cour d'Appel d'Aix, 7 mars 1949, arrêt cité par KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 951; SAVATIER, Traité, p. 304; BRUNHESS, p. 61.

A) **La répartition des tâches entre le chirurgien et la clinique dès la fin de l'intervention**

La doctrine distingue les *suites* post-opératoires des *soins* post-opératoires (196).

Dans les heures ou les jours qui suivent une intervention, des accidents (hémorragie, vomissements, non reprise du transit, fièvre, encombrement des voies respiratoires, brûlures par bouillotte, etc...) se produisent parfois; ils peuvent être la conséquence de l'opération elle-même, mais leur cause doit plus souvent être recherchée dans une mauvaise administration des soins qu'on appelle *post-opératoires* « parce qu'au sortir de la salle d'opération, les effets de l'intervention sont loin d'être terminés même si l'acte chirurgical proprement dit a pris fin » (197).

Le chirurgien répond des *suites post-opératoires*; ainsi, son obligation se limite-t-elle aux soins relatifs à l'opération elle-même et à ceux qui en sont la conséquence directe; en revanche, les *soins post-opératoires*, qui sont purement hospitaliers, incombent à la clinique (198). Celle-ci est responsable de l'entretien des patients et des soins courants et simples qui sont sans rapport étroit et immédiat avec l'acte médical dont ils ne constituent pas le prolongement (199). Dans la pratique, la distinction est certes parfois difficile à établir, chaque cas demeurant une question de fait. Le juge devra notamment analyser le contenu des contrats qui lient médecin, clinique et patient, les obligations qui en découlent, l'usage et la division du travail à l'intérieur de l'établissement hospitalier (200).

Si le chirurgien peut donc légitimement confier les soins post-opératoires à la clinique dans laquelle il opère, c'est à la condition de donner aux auxiliaires chargés de leur exécution les instructions nécessaires. D'une manière générale, le praticien répond des ordres qu'il donne au personnel et du choix des prescriptions, mais non de leur exécution qui incombe à la clinique en vertu du contrat hospitalier qui lie l'établissement au patient (201).

(196) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 948; du même auteur, Le contrat de soins, N° 348; BOYER CHAMMARD, p. 155.

(197) Cf. les mêmes auteurs qu'à la note précédente.

(198) Cf., supra, pp. 389-390 ainsi que les notes 110 et 113.

(199) Cf., supra, note 112.

Voir aussi KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 346-348; SAVATIER, p. 406 et la jurisprudence citée par l'auteur, note 35.

(200) Cf., supra, pp. 390-391 ainsi que les notes 114, 116 et 117.

(201) Cf., supra, note 130.

BRUNHES, p. 62, souligne que la responsabilité du chirurgien serait de nouveau mise en cause pour les soins spéciaux qu'un auxiliaire de la clinique donnerait au malade sous la direction immédiate du médecin.

(202) BRUNHES, p. 93.

Cf., aussi, du même auteur, p. 91, note 170; SAVATIER, Traité, p. 267 ainsi que la note 150; BOYER CHAMMARD, p. 161.

Cass.civ., 29 octobre 1963, Gaz.Pal. 1964.1.125:

Après avoir opéré une patiente d'une coxarthrose de la hanche, dans une clinique parisienne, le Dr.X..., chirurgien, avait quitté Paris, laissant l'opérée sous la surveillance de son assistant, le Dr. Y... Une complication survenant, ce dernier fit examiner l'opérée par un spécialiste, le Dr. D..., qui diagnostica une arthrite suppurée de la hanche. De retour à Paris peu après et informé du diagnostic, le Dr. X... refusa de reconnaître la complication survenue. La malade ayant dû par la suite subir

Cependant le chirurgien doit ordonner les soins post-opératoires spécifiques qui correspondent à l'état particulier de chaque patient ou qui sont dictés par l'intervention elle-même ; il doit ici veiller personnellement à leur exécution et surveiller leur application ; cette obligation est appréciée de façon stricte au cas où survient une complication (202).

B) La surveillance du traitement

S'il est une circonstance où les tribunaux font généralement preuve d'une grande sévérité, c'est bien celle où le praticien se rend coupable d'un défaut manifeste de surveillance du patient (203).

Le chirurgien qui donne l'exeat sous sa responsabilité serait fautif s'il renvoyait prématurément le malade de la clinique dans laquelle il a été opéré (204).

En principe, la responsabilité du praticien, dans les suites post-opératoires, cesse avec la sortie du malade de clinique « sauf dans les cas où des conséquences un peu plus lointaines exigeraient ses explications et sa participation au traitement » (205). Ainsi, la responsabilité du chirurgien serait engagée s'il a laissé ou fait sortir le patient de clinique sans l'examiner attentivement auparavant, sans l'avoir suffisamment informé des soins qu'exigeait son état ou des précautions à prendre ou sans s'être assuré que les soins nécessaires pouvaient être donnés à domicile (206).

une deuxième opération pratiquée par le Dr. D... la Cour Suprême a retenu la responsabilité du Dr. X... pour les suites fâcheuses de cette deuxième opération en raison de la faute qu'il avait commise en repoussant sans motif valable le diagnostic établi par un de ses confrères qualifiés et en s'obstinant à méconnaître une complication dont les signes cliniques avaient paru, selon les experts, évidents à son confrère et ne laissant place à aucun doute.

(203) Cf. ouvrage collectif ORL, p. 193.

(204) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 599 ; BRUNHES, p. 92 ; BOYER CHAMMARD, pp. 161-162.

Cass.civ., 18 juin 1970, D.1970, Somm. 193 :

> « Statuant sur l'action formée contre un médecin par un blessé qui, après avoir reçu des soins pour une fracture de la jambe, est sorti de l'établissement où il avait été admis mais, atteint d'une infection gangréneuse, a dû subir l'amputation de la cuisse, les juges du fond qui entérinent les conclusions des experts d'où il résultait « que la décision de faire sortir le blessé par le défendeur seul, était prématurée et imprudente et que l'amputation était la conséquence directe du départ prématuré de la clinique et du manque de surveillance ultérieur », ont pu décider que la preuve de la faute médicale caractérisée du praticien se trouvait rapportée. »

Voir aussi Cass. civ., 22 janvier 1963, JCP 1963 IV 27 ; Cass.civ., 14 novembre 1966, Bull. 1966 I, p. 381.

(205) BRUNHES, p. 92.

(206) SAVATIER, Traité, p. 267 ; BOYER CHAMMARD, pp. 161-162 ; BRUNHES, p. 92.

Trib. Lille, 30 janvier 1952, Gaz.Pal. 1952.I.216 ; Trib. Nîmes, 20 octobre 1953, JCP 1954.8222, note CLAVEL ; Cour d'Appel de Paris, 11 mai 1966, JCP 1966 II 14716, note R. SAVATIER ; Trib.Gd.Inst. de Paris, 27 mai 1970, arrêt cité par BOYER CHAMMARD, pp. 233-234.

Tribunal d'Auch, 20 juin 1972, arrêt cité par ouvrage collectif ORL, p. 57 : Une fillette de 6 ans fut opérée par un omnipraticien dans son cabinet. Aussitôt après l'intervention, qui eut lieu à 11 heures, l'enfant fut ramenée à son domicile, distant de 12 km, le médecin ayant averti la mère que « de légers saignements pouvaient se produire dans l'après-midi ». A 14 h 30, la famille le prévint, par téléphone, que l'enfant saignait mais le médecin n'estima pas opportun d'aller l'examiner. Les

D'une manière générale, le chirurgien ne suit plus le patient une fois que celui-ci est rentré chez lui ; il doit toutefois rester à la disposition du malade dans le cas où son état appellerait des soins spécialisés, notamment en matière de chirurgie osseuse (207).

saignements persistèrent, discontinus, toute la nuit. Le lendemain matin, la famille vint chercher le praticien qui constata alors que l'enfant était dans le coma; elle décéda à 8 h 30.

Le Tribunal releva notamment un défaut de surveillance post-opératoire constituant une faute grave de la part du praticien :

> « L'appel téléphonique est intervenu dans la période de 4 à 5 heures, qui constitue la période normale de surveillance après une intervention chirurgicale bénigne, période dans laquelle peuvent survenir des complications d'ordre hémorragique.
> Qu'il s'en est remis de façon blâmable à des personnes non averties, en l'espèce la mère de famille, du soin d'interpréter à travers le volume des saignements s'ils étaient normaux ou s'ils étaient suspects.
> Qu'il n'a pas exercé la surveillance normalement dévolue au médecin qui vient d'opérer et dont ce dernier ne peut se décharger qu'au profit de personnes placées elles-mêmes sous contrôle et direction médicaux. »

Le médecin fut condamné à deux mois de prison avec sursis, à une amende et au paiement d'une indemnité de Fr. 45.000.— aux parents de l'enfant.

Cour d'Appel de Paris, 16 novembre 1973, arrêt cité par ouvrage collectif ORL, p. 58 : Un enfant de 5 ans fut opéré d'amygdalectomie et d'adenoïdectomie dans un dispensaire. L'intervention effectuée à 9 heures se déroula sans incident ; le patient fut revu à 9 h 30 par l'opérateur. A 11 heures, la mère fut autorisée à ramener l'enfant à son domicile ; on lui remit alors une feuille de soins post-opératoires où il était écrit et encadré : « ne pas s'inquiéter d'une élévation de température, d'une douleur d'oreille, ni d'un vomissement de sang noir ». De plus une infirmière indiqua à la mère les hôpitaux les plus proches de son domicile pouu'elle y conduise directement son enfant, s'il y avait un incident « pour lui éviter de perdre du temps en l'amenant au centre ». L'enfant vomit du sang noir dès le retour en taxi puis, dans l'après-midi, sans que les parents songent à avertir un médecin ou à conduire l'enfant dans un hôpital. Il mourut dans les bras de sa mère à 2 h 30 ; l'autopsie révéla que « la mort était due à une hémorragie sanguine au niveau des plaies amygdaliennes, qui a provoqué une anémie très importante (l'intestin étant rempli de sang digéré) ».

Les experts admirent que le décès était le résultat d'une négligence, en raison de l'absence de surveillance médicale efficace dans les heures qui suivirent l'intervention. Les magistrats critiquèrent la feuille de soins post-opératoires ronéotypée remise à la famille « dont le texte avait été rédigé il y a une dizaine d'années par le médecin » et considérèrent « que la lecture de ce document par un non-initié aux choses médicales ne pouvait avoir pour effet que de le tranquilliser, si l'on se réfère surtout à la conclusion encadrée et à l'inciter à attendre une amélioration spontanée de ces troubles ». Les juges insistèrent, un peu après, sur cette notion en décrivant les saignements. « Ni l'un ni l'autre (le père et la mère) ne s'en émurent, compte tenu, encore une fois, des indications formulées sur la feuille ronéotypée qui leur avait été remise ». La Cour condamna le médecin ORL à 3000 francs d'amende et retint la responsabilité civile du dispensaire.

> « Dès que l'enfant quitte la surveillance médicale, il faut que la famille soit sûrement, clairement et par écrit informée de toutes les précautions à prendre, notamment de l'appel du chirurgien dès l'apparition de signes alarmants ou anormaux ; ces signes doivent être clairement expliqués avant la sortie, sur la conduite à tenir en cas d'hémorragie et les moyens de la dépister, crachotements ou vomissements sanglants, pâleur anormale de la face ; elle doit tendre à un appel, soit à l'ORL, soit, si des circonstances fortuites empêchent cet appel, à diriger l'enfant sans tarder vers un établissement hospitalier public ou privé où il pourra être traité. »

(207) BRUNHES, p. 92 : Le chirurgien a l'obligation de surveillance du plâtre même après sortie de la clinique, sauf si le malade est confié sur ce point à la surveillance du médecin traitant. Une jurisprudence classique retient la responsabilité du chirurgien en cas de gangrène survenue du fait qu'auraient été méconnus les symptômes de complication, notamment le syndrome de Wolkmann,

Notons encore que les exigences de la jurisprudence récente en matière de surveillance du traitement « ont été définies avec rigueur lorsque les traitements mis en œuvre présentent soit des risques spécifiques nécessitant une particulière attention, soit un caractère inhabituel » (208).

le chirurgien se contentant d'inciser le plâtre au lieu de l'ouvrir. (Cass. 15 janvier 1967, Cass. 19 février 1959: arrêts cités par l'auteur).

SAVATIER, Traité, p. 267: Les tribunaux en ont fait l'application fréquente au chirurgien ayant plâtré un malade. Il doit le faire suivre par le médecin traitant ou le suivre lui-même tant que le plâtre n'est pas enlevé. Et il est tenu d'intervenir à temps pour empêcher les complications et prévenir les douleurs et infirmités qu'elles peuvent causer au patient (Angers, 24 janvier 1951, D. 1951.210; Trib. Seine, 7 juillet 1953, Gaz.Pal. 1953.2.187; Cass.civ. 9 novembre 1953, D. 1954.5).

Ouvrage collectif ORL, p. 69: Il est nécessaire, dès qu'un incident qui lui paraît suspect lui a été signalé, que l'opérateur ou un autre ORL (ou à la rigueur le médecin traitant dûment averti) s'assure, dans les meilleurs délais, de l'état de l'opéré; et nous avons vu dans plusieurs affaires que c'est une carence dans ce type de surveillance qui est le plus souvent relevée. A ce propos, on ne saurait reprocher à un ORL de ne pas se rendre au domicile de l'enfant, mais de lui donner un rendez-vous immédiat à la clinique où il lui sera plus facile de traiter l'hémorragie, en perdant le minimum de temps, à condition qu'il donne des instructions précises pour cela à la famille et qu'il s'assure qu'elles ont été respectées.

(208) Cour d'Appel de Paris, 2 février 1957, JCP 1958 II 10616, confirmé par Cass.civ. 2 février 1960, D.1960.500: « Si la thérapeutique est nouvelle ou peu usitée, la surveillance des effets possibles sera d'autant plus nécessaire; la conduite d'un tel traitement impose l'instauration de la surveillance la plus attentive ».

Cass.civ., 5 février 1968, Bull. 1968, I, N° 48, p. 38 (Neurologue n'ayant pas surveillé personnellement les effets d'un traitement particulier).

BRUNHES, p. 93: « La jurisprudence la plus récente — tout en appliquant des critères d'autant plus stricts que le responsable du traitement est un spécialiste dont on peut et doit attendre des connaissances plus précises et plus étendues une vue éclairée de l'avenir du malade et, par suite, une surveillance plus attentive de celui-ci — s'est efforcée de ne pas méconnaître la part d'aléa que les nouvelles techniques mises en œuvre ne peuvent pas ne pas comporter ».

Cass.civ., 25 mars 1967, Bull. 1967, I, p. 106: Cet arrêt souligne l'obligation pour le spécialiste — ici un gynécologue — de ne pas négliger les examens, les thérapeutiques et les surveillances nécessaires dès lors que les données acquises de la science permettent la prévisibilité des accidents et fournissent des techniques efficaces pour y porter remède.

Trib.corr. de Chalon-sur-Saône, 5 janvier 1968, dans La Presse Médicale, N° 21, 27 avril 1968, pp. 1025 ss. (analyse et commentaire de KORNPROBST): Retenant la responsabilité pénale à la fois du médecin initiateur du traitement et de la clinique où celui-ci était pratiqué, dans le décès d'un jeune homme dû à une syncope d'origine hypoglycémique au cours d'une longue cure de Sakel, le Tribunal a sanctionné « la négligence, l'imprévoyance et la légèreté avec laquelle une thérapeutique opportunément choisie et techniquement bien définie avait été conduite ». Ce jugement a essentiellement relevé à l'encontre de la clinique l'insuffisance du nombre des infirmières, inférieur de plus de moitié aux normes réglementaires, ne permettant pas une surveillance efficace des chocs insuliniques, insuffisance connue du directeur qui n'avait pas pris les précautions nécessaires.

A l'égard du médecin, le Tribunal a noté: « pendant un coma provoqué dont l'évolution normalement contrôlée présentait des risques prévisibles et mortels, le malade n'a pas été soumis à une surveillance suffisante et s'est trouvé abandonné par son médecin qui, à plusieurs kilomètres de la clinique, vaquait à des occupations librement choisies ».

Le Tribunal a estimé que « ces manquements graves aux obligations essentielles imposées par les données acquises de la science pour la conduite d'une cure de Sakel avaient empêché de constater à temps les signes non équivoques, telle la mydriase qui traduisait la survenance d'aggravation imposant l'arrêt du coma et d'ordonner le resucrage immédait ». Et considérant comme établi le lien de causalité entre ces négligences graves et le décès, le Tribunal a sanctionné pénalement le médecin.

Cette décision apparaît bien dans la ligne de celles qui sanctionnent le défaut de surveillance dans la conduite thérapeutique aux effets connus, mais présentant des risques graves et définis.

Nous avons déjà vu que le médecin qui a commencé à soigner un patient doit lui assurer des soins continus (209). Cette obligation ne le contraint cependant pas, hormis un danger pressant, à une présence permanente auprès du patient, mais ses visites doivent être assez fréquentes pour lui permettre de connaître régulièrement l'évolution de la maladie et d'intervenir chaque fois que ce sera nécessaire; le téléphone ne peut normalement suppléer à cette présence (210).

En principe, le chirurgien qui vient d'opérer un malade doit donc être atteignable pendant toutes les suites post-opératoires. Si ce n'est pas le cas, il doit désigner un remplaçant qui pourra accourir en cas de complications (211).

(209) Cf., supra, 1re partie, chap. II, sect. 4.

BRUNHES, p. 36; SAVATIER, Traité, p. 263.

(210) Trib. Clermont-Ferrand, 18 octobre 1950, Gaz.Pal. 50.2.396; Trib. Angers, 24 janvier 1951, D.1951.210; Trib. Dijon, 24 janvier 1952, D.52.171. Ces arrêts concernent notamment les médecins qui laissent trop longtemps un pansement ou un plâtre en place sans veiller aux complications possibles et spécialement à la gangrène.

Cass.civ. 25 mars 1968, Bull. 1968, I, p. 86 confirmant un arrêt de la Cour d'Appel de Paris, 10 mars 1966, JCP 1966.14753, note R. SAVATIER: Une jeune femme décéda dans une clinique après avoir mis au monde un enfant... Son mari, ayant attribué ce décès à l'insuffisance et à la tardiveté des soins mis en œuvre pour combattre l'importante hémorragie utérine qui s'était produite après l'accouchement, assigna le médecin et la clinique à 200000 francs de dommages-intérêts. La clinique fut mise hors de cause la preuve étant faite qu'elle avait satisfait à son obligation de moyen envers la patiente en faisant faire par la sage-femme deux piqûres d'Ergaline et d'Hypophyse qui devaient normalement vaincre une plausible inertie utérine.

La Cour de Cassation a retenu la responsabilité civile du praticien en approuvant les juges des instances inférieures d'avoir relevé les fautes suivantes à la charge du médecin:

— départ prématuré de la clinique (une heure et demie après l'accouchement, en laissant la patiente, encore dans la salle de travail) sans nécessité d'ordre professionnel et après un examen trop sommaire;

— absence de consignes pour le personnel au cas où, devant la persistance de l'hémorragie,la présence immédiate d'un médecin deviendrait nécessaire;

— impossibilité de joindre le praticien — ou son remplaçant — pendant son absence.

A ces manquements graves à l'obligation de surveillance s'ajoutait, en l'espèce, le retard apporté par le médecin à procéder à un examen de coagulation, d'où était résultée une injection tardive de fibrinogène. Une meilleure surveillance aurait permis une intervention plus prompte de cet obstétricien qui ne pouvait méconnaître la possibilité et la gravité d'une fibrinolyse, ni ignorer qu'un traitement immédiat aurait pu permettre la guérison.

Ouvrage collectif ORL, p. 193: L'otorhinolaryngologue doit répondre sans tarder à tout appel alarmant de la famille du patient qu'il vient d'opérer. A fortiori, en est-il ainsi quand l'intervention ayant été réalisée au cabinet de consultation du praticien, l'appel lui est adressé par les parents de l'enfant opéré, même si cet appel paraît pusillanime au premier abord, comme cela était le cas dans le litige jugé par le Tribunal d'Auch le 20 juin 1972.

(211) KORNPROBST, Le contrat de soins, No 488; KLHLHAAS, pp. 506-509; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 660-666; Cour d'Appel de Paris, 23 novembre 1959, JCP 1960 II 469, note SAVATIER.

Cass.civ. 1/29 octobre 1923, Gaz.Pal. 1964.I.24: La Cour a retenu la responsabilité d'un chirurgien en raison de ce qu'ayant quitté Paris peu de temps après avoir opéré une dame P... ce chirurgien l'avait confiée à la surveillance de son assistant, un médecin non spécialiste qui ne possédait pas l'expérience nécessaire pour faire face aux graves complications qui s'étaient manifestées dans l'état de la malade.

La Cour de Cassation a retenu que le chirurgien avait l'obligation soit de surveiller personnellement la suite de l'opération, soit «de ne confier cette surveillance qu'à un médecin parfaitement qualifié pour parer rapidement aux complications que la nature de l'intervention permettait de redouter».

Trib.Gd.Inst. de Chalon-sur-Saône, 5 janvier 1968, arrêt cité par ouvrage collectif ORL, p. 193: Le Tribunal a retenu la responsabilité d'un médecin dont un jeune malade, insuffisamment surveillé,

C) L'obligation de surveillance de la clinique

L'obligation de surveillance des cliniques est appréciée avec plus ou moins de rigueur par les tribunaux suivant la nature de l'établissement ou de la maladie qui entraîne l'hospitalisation (212). Ainsi le Tribunal de grande Instance de Montbéliard a estimé, le 6 juillet 1965 (213), que l'obligation de surveillance qui incombait à la clinique était une obligation de résultat dans l'affaire suivante:

Un enfant de 17 mois, hospitalisé dans une clinique pour une hernie inguinale avait été trouvé, le soir même de l'intervention, inanimé dans son lit, par la veilleuse de nuit, une sangle de sa ceinture de maintien en travers du cou et il n'avait pas pu être sauvé malgré les soins immédiatement prodigués:

> «Attendu, en fait, qu'il se déduit des éléments du dossier qu'en l'espèce la clinique est hors d'état d'administrer une telle preuve (cause étrangère dégageant sa responsabilité), que l'accident est dû accidentellement à une double faute du personnel de cet établissement, que d'une part celui-ci a rendu possible la pression brutale sur le larynx de la ceinture de maintien en raison d'un assujettissement insuffisamment rigoureux de celle-ci, que d'autre part, ce même personnel a laissé sans surveillance pendant près d'une heure un enfant âgé de 17 mois...»

D) Les brûlures provoquées par des bouillottes

Les bouillottes placées dans le lit de l'opéré immédiatement après l'intervention, pour assurer son réchauffement, peuvent causer de graves brûlures au patient encore sous l'effet de l'anesthésie.

L'ancienne jurisprudence considérait à tort que le chirurgien était responsable de ces accidents (214) ou partageait parfois la réparation du dommage entre la clinique et le praticien (215).

était mort. Opérant dans une autre clinique, à six kilomètres de là, le praticien n'avait pas pu être prévenu ni revenir à temps.

DE VILLE DE GOYET, pp. 34-35: «Il n'est pas possible de poser en principe qu'un médecin de garde est tenu de se trouver de façon permanente à l'hôpital, voire même à son domicile. Il est permis qu'il soit prévenu par le personnel de surveillance qu'il rappellera en cas de besoin» (Trib.corr. Liège, 6° Ch., 2 mars 1965).

(212) Ce sont les cliniques psychiatriques pour traitement des affections nerveuses et des maladies mentales qui ont sans doute posé les problèmes les plus délicats à la jurisprudence moderne et en particulier celui-ci: en raison de la nature particulière des maladies traitées, des mesures spéciales de surveillance qui en sont la conséquence, ne doivent-elles pas être soumises à un régime plus sévère de responsabilité? Les établissements psychiatriques sont tenus à une obligation de surveillance de soins, laquelle doit se traduire, dit la Cour de Cassation, par des mesures appropriées à l'état nerveux du malade et à ses réactions antérieurement connues et ce «en vue d'assurer contre le malade lui-même sa propre sécurité» (Cass.civ. 2 mars 1964, arrêt cité par MALHERBE, p. 107).

Voir aussi KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 935-939 qui cite une abondante jurisprudence; BRUNHES, pp. 93-95 ainsi que la jurisprudence citée par l'auteur aux notes 175 et 176.

Trib.civ. Rennes, 21 novembre 1955, JCP 1956 II 9326; Cass.civ., 11 juillet 1961, arrêt cité par MALHERBE, p. 106.

(213) Jugement cité par DEROBERT, p. 300.

(214) Cass.crim., 21 février 1946, JCP 1946.11.3151, note BROUCHOT.

Cour d'Appel de Paris, 4 février 1957, cité par MARCOUX, pp. 278-280.

La jurisprudence plus récente (216), qui est constante, retient la responsabilité de la seule clinique en cas de brûlure causée par une bouillotte au patient (217). En effet, le réchauffement du lit d'un malade relève des soins hospitaliers courants et élémentaires qui ne présentent aucun lien avec l'intervention chirurgicale, qui s'en détachent de façon complète et pour lesquels le chirurgien s'en remet à bon droit à la clinique (218).

Nous allons rapporter maintenant trois arrêts caractéristiques de la jurisprudence actuelle.

1) Une patiente subit une ablation de fibrome. Alors que le chirurgien effectuait une autre intervention sur le malade suivant, la première patiente, encore sous anesthésie, fut brûlée par la poche chaude placée sous ses pieds par une infirmière.

Le Tribunal de première instance retint la responsabilité exclusive de la clinique « qui exerçait son autorité sur le personnel hospitalier et auquel — compte tenu des circonstances dans lesquelles le chirurgien opérait dans sa clinique — incombait l'obligation de surveillance des malades ». La clinique fit appel de ce jugement.

(215) Cour d'Appel de Paris, 22 juin 1943, Gaz.Pal. 1943.2.146: En l'espèce, le médecin « ayant quitté la salle d'opération et recouché la malade, l'infirmière d'une clinique avait appliqué, un cataplasme ordonné pour éviter des complications pulmonaires, et provoqué de graves brûlures. Or, la Cour considéra que le chirurgien en acceptant de procéder à l'opération, non seulement s'était engagé à donner à sa malade des soins consciencieux et éclairés, mais avait contracté également l'obligation de prémunir l'opérée des inconvénients qui pouvaient résulter pour elle de l'insensibilisation consécutive à l'anesthésie; qu'en se laissant endormir, dame S... faisait confiance, non aux soins et aux aptitudes du personnel de la clinique, mais à la science et à la conscience du chirurgien; qu'il appartenait donc à ce dernier d'intervenir en temps utile pour rectifier les erreurs d'une infirmière que l'opérée encore endormie ne pouvait redresser ».

Cour d'Appel de Monaco, 9 avril 1956, arrêt cité par KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 945: « La Cour partagea par moitié entre le chirurgien et l'infirmière mise à sa disposition par la clinique (qui était donc sa commettante) la responsabilité des brûlures occasionnées par une bouillotte trop chaude placée par erreur, sous le coude d'un patient; l'intervention avait lieu dans des conditions d'extrême urgence, le patient étant déjà dans un pseudo-coma provoqué par une hémorragie consécutive à une opération antérieure pratiquée par un autre chirurgien; or, le chirurgien poursuivi avait réclamé un coussin-chauffant, non seulement pour soutenir le bras du malade qu'il opérait, mais pour dilater la veine dans laquelle il voulait pratiquer une injection (qui, d'ailleurs, sauva la vie du malade): c'était une faute d'inattention de ne pas avoir remarqué, à quelques centimètres du champ opératoire, la présence de cet objet brûlant; ce n'était pas la seule; et l'acte incriminé étant, en soi, détachable de l'acte opératoire stricto sensu, la responsabilité en incombait d'abord à l'infirmière. C'était, à vrai dire, un de ces cas-limite où le partage de responsabilité n'est peut-être qu'une cote mal taillée entre plusieurs solutions juridiquement valables, mais répond à une équité qui « se sent », pourrait-on dire, plus qu'elle ne se démontre. »

(216) Cf., entre autres: Cour d'Appel d'Aix, 7 mars 1949, cité par KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 951, note 99; Cour d'Appel de Bordeaux, 16 janvier 1950, D.1950.122; Cour d'Appel de Lyon, 29 octobre 1951, Gaz.Pal. 1952.1.430; Cour d'Appel d'Angers, 16 juillet 1952, JCP 1953 IV 60; Cour d'Appel de Paris, 27 avril 1953, JCP 1953 II 7606; Trib.civ. Marseille, 26 novembre 1953, D.1954.160; Cour d'Appel de Paris, 15 décembre 1953, JCP 1954 II 8158, note R. SAVATIER; Cass.civ., 11 juin 1963, Gaz.Pal. 1963.1307.

(217) Ce qui ne veut pas dire que la clinique sera systématiquement responsable dans tous les cas.

(218) DEROBERT, p. 299; BOYER CHAMMARD, p. 88; Trib.civ. de la Seine, 24 juin 1952, D.1952.682.

La Cour d'Appel de Montpellier, le 30 janvier 1951 (219), confirma la responsabilité du seul établissement hospitalier, «la clinique étant considérée comme ayant pris à sa charge la surveillance de toutes les mesures et de tous les soins non spécialement prescrits par le chirurgien et sans rapports étroits avec l'art chirurgical».

2) Une femme, I..., hospitalisée à la clinique Y..., subit une hystérectomie totale pratiquée par le Dr X... ; cette intervention, en tant que telle, réussit parfaitement ; elle fut suivie d'un traitement anti-choc (consistant en un réchauffement du corps sous un cintre chauffant) au cours duquel, en l'absence du chirurgien, une infirmière commit une faute technique en utilisant un appareil inadéquat (arc chauffant laissé sans protection suffisante) qui provoqua de très graves brûlres qui furent très longues à guérir et laissèrent des cicatrices. La patiente assigna la clinique où elle avait été soignée et dont elle rendait, à juste titre, les infirmières responsables du préjudice. Mais la clinique se prévalut de la jurisprudence antérieure, notamment de l'arrêt de la Cour de Cassation du 22 février 1946 (220) et appela le chirurgien en garantie. Le Tribunal de première Instance retint la responsabilité de la seule clinique fondée sur l'erreur grossière de sa préposée que le chirurgien ne pouvait prévoir. La clinique fit appel.

La Cour d'Appel d'Aix, le 9 juillet 1951 (221), effectua un revirement de jurisprudence que l'on pressentait d'ailleurs et mit équitablement le chirurgien hors de cause ; la clinique fut seule condamnée à payer des dommages-intérêts. La Cour refusa de reconnaître en la circonstance un lien de préposition occasionnel entre l'infirmière et le chirurgien :

> «Attendu qu'il résulte du rapport de l'expert que l'accident survenu le 3 janvier 1948 est la conséquence indiscutable d'une erreur technique de l'infirmière chargée d'assister le malade pendant son réveil ; qu'au lieu de se servir d'un cerceau chauffant, instrument calculé pour que la distance ampoule-plan du malade ne puisse brûler l'opérée, il a été utilisé un chauffe-lit, destiné à chauffer le lit avant l'intervention et non pas à réchauffer un malade en état de choc opératoire, la distance de l'ampoule à l'opérée étant si réduite que l'usage de cet appareil à des buts auxquels il n'était pas destiné a déterminé des brûlures très graves ;
> Attendu que la clinique Y... soutient que la responsabilité de l'accident incombe uniquement au docteur X... ; que, tant qu'elle n'était pas réveillée, la dame I... était sous la garde et la surveillance du chirurgien qu'elle avait choisi ; que si celui-ci a pensé que l'infirmière était capable de le suppléer pendant la période antérieure au réveil, il n'a pu le faire qu'en engageant sa responsabilité personnelle, l'infirmière étant, pendant les circonstances des faits litigieux, sa préposée au moins occasionnelle ;
> Attendu qu'il a déjà été jugé par la Cour d'Appel de Céans,
> «*le 14 mars 1949, que si le chirurgien doit être tenu pour responsable des manœuvres qui précèdent, accompagnent ou suivent l'acte opératoire (qu'elles soient*

(219) Arrêt cité par MARCOUX, pp. 270-272.
(220) JCP 1946.11.3151.
(221) JCP 1952.11.6743, note R. SAVATIER.
Cf. aussi MARCOUX, p. 273 ; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 950-951.

pratiquées par lui ou sous surveillance par ses assistants ou préposés), cette responsabilité ne saurait cependant s'étendre aux soins post-opératoires de pratique courante donnés par le personnel de la clinique et qui ne présentent pas avec l'opération même un rapport étroit et direct ;
Que l'usage d'un arc réel chauffant fait partie des soins normaux et habituels confiés au personnel de la clinique ; que le réglage de cet appareil n'exige aucune connaissance spéciale ni en tout cas la présence et la surveillance du chirurgien qui a opéré ; que, dans cette même affaire, le Tribunal de Grasse avait, le 28 octobre 1948, à bon droit précisé que s'il est de principe et de jurisprudence constante que la surveillance du chirurgien doit continuer jusqu'au réveil de l'opéré en état d'anesthésie, et si l'on en déduit généralement que les soins donnés à un malade jusqu'à son réveil lui sont prodigués sous la responsabilité du chirurgien qui l'a opéré, *il y a lieu de limiter ces soins post-opératoires à ceux qui constituent le prolongement de l'intervention chirurgicale elle-même et entrent dans le cadre du service chirurgical proprement dit : qu'il y a lieu d'en exclure par contre tous les soins qui entrent dans le cadre des services dits hospitaliers ou pharmaceutiques ;*
Qu'en l'espèce, le fait habituel de réchauffer le malade, au moment où, après avoir été opéré, il est recouché dans son lit, ne présente aucun lien direct avec l'intervention chirurgicale elle-même ;
Que le docteur X..., qui n'était pas le médecin attaché à la clinique, ni celui de la malade, avait le droit de compter sur l'exécution vigilante des soins ordinaires qui sont à donner par la clinique à un malade, alors qu'il appartient à la clinique de disposer à cet effet d'un matériel convenable et approprié et d'un personnel compétent et éprouvé ;
Que dans le cas présent, *l'accident est d'autant plus imputable à la clinique que l'infirmière qui était au service de la clinique a commis une erreur grossière, erreur que le docteur X... ne pouvait nullement prévoir ;*
Que la la clinique Y... qui, après l'opération, a pris en charge la dame I..., est mal fondée, en ce qui concerne la faute commise par sa préposée, faute dont elle ne conteste pas d'ailleurs le principe, et en dehors de toute ingérance du docteur X..., à invoquer un déplacement de la responsabilité ; que cette responsabilité lui incombe en vertu de l'article 1384 du Code civil ; qu'il y a donc lieu de confirmer sur ce point le jugement entrepris.

3) Une dame B ... subit à la clinique Y... une opération pratiquée par le Dr X... Elle fut victime d'une brûlure grave due à une bouillote trop chaude placée dans son lit par une infirmière. La clinique estima que la responsabilité du dommage incombait au chirurgien, la victime étant encore endormie au moment de l'accident.

Le Tribunal civil de la Seine, le 24 juin 1952 (222), mit le chirurgien hors de cause et retint la responsabilité de la seule clinique pour les motifs suivants :

« Attendu que *l'acte générateur du préjudice allégué a été incontestablement accompli par l'infirmière de la clinique, chargée du service des chambres et qu'il y a lieu de retenir qu'il n'a jamais personnellement prescrit l'apposition d'une bouillotte pour dame B ;*
Que si la surveillance du chirurgien doit être continuée pendant la période souvent délicate comprise entre la fin de l'opération et le retour du malade à

(222) D. 1952.682.
Voir également MARCOUX, pp. 275-278.

l'état normal, il y a lieu d'en déduire que la responsabilité personnelle du praticien ne peut être mise en cause que pour les soins qui découlent de l'opération elle-même, qui incombent au chirurgien lui-même en raison des connaissances qu'ils demandent, ou qui doivent être exécutés par lui, sous sa direction propre, ou encore pour lesquels il a donné des ordres particuliers et précis ; mais qu'il ne doit pas en être de même quand il s'agit de *soins ordinaires comme ceux incriminés en l'espèce, car il est évident que l'acte particulièrement simple qui consiste à remplir une bouillotte d'eau à la température convenable et à la placer de façon à éviter toute brûlure à l'opéré anesthésié, est à la portée de toute infirmière et rentre dans le cadre des soins que tacitement ou expressément toute clinique promet à tout malade qu'elle reçoit ;*
Attendu que la brûlure par bouillotte dont la dame B... a été victime n'est ni un acte chirurgical, accompli par le docteur X... ni son prolongement ; qu'en l'espèce le docteur X... chirurgien était venu opérer une de ses malades, la dame B..., à l'hôpital Y..., hôpital choisi par la malade et dont le praticien n'était ni le médecin-directeur, ni l'un des médecins attachés ; qu'en l'espèce *l'hôpital-dispensaire Y... doit être considéré comme ayant la charge de la surveillance de toutes mesures à prendre, ainsi que tous soins non spécialement prescrits par le chirurgien et sans rapports étroits et directs avec l'art chirurgical ;* que pour le réchauffement normal du lit d'une opérée, *le fait d'introduire une bouillotte dans ce lit relève de soins hospitaliers courants et élémentaires* pour lesquels le chirurgien s'en remet à la clinique ; *que l'infirmière chambrière qui a placé la bouillotte trop chaude avant le retour de l'opérée dans sa chambre était uniquement la préposée de l'hôpital et ne faisait pas partie du personnel assistant du docteur X... lors de l'opération ;* qu'il importe en conséquence de mettre le docteur X... dès maintenant, hors de cause et de dire que seule la direction de l'hôpital Y... doit être retenue comme responsable des suites dommageables éventuelles de la brûlure post-opératoire ;
Que Y... est incontestablement responsable de la blessure subie par elle, de la faute commise par le personnel de son hôpital ».

E) Le réveil de l'opéré

Les actes de réanimation et la surveillance du réveil du patient — quand la fin de l'opération ne coïncide pas avec la récupération des réflexes — incombent

(223) Le Concours Médical, 1972, N° 28, p. 5223, observ. A. GOMBAULT : L'arrêt considéra la surveillance post-opératoire comme un acte médical ne pouvant incomber qu'à un médecin et non pas à une infirmière, « alors surtout qu'il n'ignorait pas que l'infirmière avait d'autres malades à soigner et ne pouvait rester constamment près de l'enfant... ». GOMBAULT écrit justement à propos de cet arrêt : « Nous sommes ici au cœur d'un problème particulièrement délicat. Il serait vain de méconnaître les difficultés actuelles des anesthésistes, leur nombre insuffisant et les limites de la résistance humaine. Il serait tout aussi vain, croyons-nous, d'espérer dans les conditions actuelles, un revirement de la jurisprudence. Dans les cas particuliers qui lui sont soumis, le juge tiendra compte essentiellement de la sécurité du malade et fera abstraction de toute autre considération ».

Dans le même sens, Cour d'Appel de Montpellier, 5 mai 1971, arrêt cité par HERMAN, p. 8 :

> « L'anesthésiste a l'obligation impérieuse d'assister et surveiller l'opéré jusqu'à son retour à une entière conscience et d'employer éventuellement tous les moyens de réanimation nécessaires pour y parvenir. »

Cf. aussi Trib.Gd. Inst. Versailles, 11 décembre 1970, JCP 1971 II 16755 ; Cass.civ., 25 mai 1971, JCP 1971 II 16859.

ÇAKMUR, p. 49 : L'anesthésiste devra surveiller l'opéré jusqu'à son réveil, hors de la salle d'opération, éventuellement le suivre en réanimation si le cas l'exige.

au médecin anesthésiste. La Cour d'Appel de Paris a précisé, dans un arrêt du 1er juillet 1971 (223), que la surveillance exercée par l'anesthésiste devait se prolonger jusqu'au réveil complet du patient, c'est-à-dire jusqu'à la reprise de conscience et à la réapparition des réflexes, de la sensibilité et du tonus musculaire. En outre, la Cour de Paris a encore établi qu'il s'agissait là d'un devoir *personnel* de surveillance dont l'anesthésiste ne pouvait se décharger sur une infirmière (224).

La notion de réveil est floue, subjective, essentiellement liée à l'expérience clinique de chaque anesthésiste et de chaque expert; on ne peut dès lors reprocher à la jurisprudence un certain flottement (225). Nous pensons donc utile de rapporter les principaux arrêts de la jurisprudence française:

1) Un jeune garçon fut opéré d'appendicite dans une clinique française. Quinze minutes après la fin de l'intervention, l'enfant fut remonté dans sa chambre par les infirmières d'étage. Puis, après une courte visite, le chirurgien et l'anesthésiste le laissèrent à la surveillance des infirmières. Celles-ci tentèrent de combattre un malaise dont fut victime le patient peu de temps après. Malgré les soins d'urgence qui lui furent prodigués par un médecin ne faisant pas partie de l'équipe opératoire l'enfant décéda.

(224) Mais il y a nécessité pratique de confier l'opéré aux soins d'auxiliaires dès la sortie de la salle d'opération partout où le travail chirurgical intense exige la présence permanente de l'anesthésiste en salle d'opération. Le patient peut donc rester dans une salle de réveil voisine de la salle d'opération, soumis à la surveillance d'une infirmière qualifiée pouvant appeler à la moindre alerte l'anesthésiste qui, s'il n'est pas présent auprès du patient, est toutefois facilement atteignable.

HERMAN, p. 9: «Il est indispensable de garder à proximité immédiate de l'anesthésiste tout malade mal réveillé avec, à portée, tout le matériel de réanimation. Peu importe le nom de cette salle pourvu qu'elle existe et qu'elle soit équipée, mais pourvu surtout que le malade n'y reste pas seul. Ce qui compte, c'est la qualité de la surveillance des soins éventuels et non pas les dimensions d'une pièce où le malade sera entreposé. Un malade, dans un vague couloir, avec une infirmière disposant d'un obus d'oxygène, d'un aspirateur et d'un chariot d'urgences sera infiniment plus en sécurité que dans une salle dite de réveil, le plus souvent encombrée du matériel inutile en salle d'opération.»

C. CONSEILLER, E. BALAGNY et P. VIARS, «La salle de réveil», dans «Complications des 24 premières heures post-opératoires», société française d'anesthésie, d'analgésie et de réanimation, Librairie Arnette, Paris 1975, p. 23:

«Dans un hôpital universitaire, la salle de réveil est une zone de soins intensifs au contact même du bloc opératoire. Cette notion fondamentale jointe au caractère nécessairement très souple de son mode de fonctionnement font que cette structure se trouve particulièrement bien adaptée à la solution de nombreux problèmes locaux souvent inattendus. Il n'y a donc pas de définition absolue qui permette de cerner avec précision le concept de salle de réveil. Mais ce qui nous paraît important à souligner, c'est que la notion de réveil recouvre bien autre chose que le simple retour de la conscience; c'est une étape importante dans l'évolution de la maladie chirurgicale. Cette étape comporte des aspects pathologiques souvent singuliers, justifiant à ce titre, une médicalisation comparable à celle de la période opératoire elle-même, et mettant en jeu des moyens et des raisonnements qui sont ceux de la réanimation.»

(225) HERMAN, pp. 8-9:

«Chacun d'entre nous a ses repères: si l'un se contente d'une vague respiration spontanée, l'autre ira jusqu'à attendre une réponse de son malade à un ordre simple. Entre ces deux stades, il existe de nombreux états intermédiaires. De plus, la reprise complète de la conscience intellectuelle n'exclut pas le désir d'un sommeil naturel. Mais, dans tous les cas, ce qui pour un anesthésiste peut être considéré comme un réveil ne l'est pas pour l'entourage ni pour le malade, d'autant plus que sa mémoire ne fixera peut-être pas les premières heures post-opératoires. Déjà donc, en toute bonne foi, l'un dira «mon malade était réveillé» alors que son adversaire le niera vigoureusement. Alors que

Dans son jugement du 28 mars 1969 (226), le Tribunal correctionnel de Nice, relevant des négligences à la charge de l'anesthésiste et du chirurgien, répartit la réparation du dommage entre les deux prévenus en appréciant la gravité respective des fautes de chacun d'eux: le chirurgien fut tenu pour les 2/5 et l'anesthésiste pour les 3/5. Le Tribunal motiva ainsi sa décision:

a) *Concernant le Dr Y..., chirurgien:*

«Attendu qu'après l'opération, Y... s'est borné à vérifier les réflexes pupillaires de son patient, puis est allé se rhabiller dans une pièce voisine, laissant l'enfant à la surveillance de X... ou des infirmières; qu'enfin, dans la chambre où l'enfant avait été ramené, Y... n'est resté que trois minutes, d'après ses dires, et malgré que l'enfant ait présenté des traces de cyanose et ait eu les ongles légèrement bleutés, s'est contenté de le regarder, sans même lui prendre le pouls».

b) *Concernant le Dr X..., anesthésiste*

«Attendu qu'il est établi d'après les propres déclarations du prévenu que l'enfant, après l'intervention, est demeuré sans autre contrôle de la part de l'anesthésiste que la vérification des réflexes conjonctivaux, que X... est resté dans la salle à nettoyer et ranger ses instruments en vue de l'opération qui l'attendait à Sainte-Marguerite; que le fait d'avoir laissé la canule courte de Mayo, pour ne soutenir que la langue du patient, qui la supporte mieux qu'une canule longue, ne peut servir de moyen d'excuse au prévenu, alors que les experts ont, à ce sujet, émis l'avis que le fait pour l'enfant de ne pas l'avoir expulsée, infirme les déclarations des deux médecins suivant lesquelles il avait récupéré ses réflexes de défense; qu'averti, durant le transfert du chariot dans la chambre, par l'infirmière accompagnatrice qu'elle trouvait que l'enfant respirait trop fort, et s'être contenté de répondre que cela était

l'un aura dans son compte rendu écrit «Réveil sur table», l'autre s'indignera que l'on puisse parler de réveil à propos d'un malade geignant et somnolent. L'expert ne peut ignorer la somnolence normale post-anesthésique qui inquiète tellement les familles, alors qu'une stimulation légère suffit à le rassurer. Le malade est réveillable sinon réveillé; cette situation bénéfique l'empêchant de souffrir.»

«Quelle est pour le juge la définition du «réveil» post-anesthésique? Sur quels critères va-t-il se baser pour donner raison à l'un ou l'autre; Certes il demandera l'avis d'un expert (...) De cette doctrine, nous pouvons tirer un raisonnement logique: quand tout se passe bien, il n'y a pas de problème, si le 100e malade présente un accident dans les heures qui suivent l'intervention, soit l'anesthésiste ne l'avait pas «assez réveillé», soit il a commis une faute en confiant à une préposée dont il a méconnu l'incompétence, une obligation qui, étant donné ladite incompétence, lui incombait à lui, médecin.

Si, par un effort de réflexion sur nous-mêmes, nous arrivions à définir le concept de «réveil» dans le cadre de notre spécialité, peut-être aiderions-nous les tribunaux qui, et là l'exemple est frappant, n'arrivent pas à dégager une jurisprudence qu'en triturant des mots que nous n'avons même pas définis nous-mêmes.»

C. CONSEILLER, E. BALAGNY et P. VIARS, op.cit à la note précédente, pp. 14-15: «La période de réveil apparaît comme une «crise» marquée par deux types de troubles possibles: les uns *prévisibles* (hémodynamiques, respiratoires liés à la douleur et au réchauffement) sont en général sans conséquence grave chez le sujet sain, mais présentent une menace précise pour les sujets dont la «réserve» (cardiaque, respiratoire ou rénale) est diminuée. Les autres troubles imprévisibles, ou tout au moins *difficilement prévisibles,* sont à ce titre dangereux pour tous les opérés. Leurs conséquences éventuelles, quand elles sont graves, sont d'autant moins acceptées qu'elles touchent des sujets sains».

(225) Jugement cité par FROGE, p. 58.

(226) Dans La Presse Médicale, 1970, N° 3, p. 134.

normal, il a laissé replacer l'enfant sur le dos, ce qui lui est reproché par certains experts (2e expertise) qui ont émis l'avis que l'enfant aurait dû être couché sur le côté;

que ni l'inquiétude de la mère — effrayée — ni l'alarme des infirmières n'ont attiré l'attention de X... qui déclare « que rien de particulier ne l'avait frappé » et qui, après avoir ordonné une « piqûre de routine » d'Heptamine, est reparti moins de cinq minutes après; qu'ainsi donc, les deux prévenus tenus, avant toute opération, de se livrer aux investigations nécessaires, et notamment à l'examen complet du patient et, après leur intervention, à assurer sa surveillance, jusqu'à ce que celui-ci ait recouvré ses sens, ont par négligence ou inattention, commis les agissements délictueux qui ont entraîné la mort. »

Appel fut alors interjeté contre cette décision et la Cour d'Aix, le 26 novembre 1969 (226), a précisé les obligations de l'anesthésiste en ces termes:

« Celui-ci a pour mission et pour fonction d'assurer l'endormissement de l'opéré pour permettre au chirurgien l'exécution de l'acte opératoire, de veiller pendant la durée de celui-ci à l'état respiratoire et cardio-vasculaire du patient *puis, après la fin de l'opération, d'assurer son réveil; il a donc l'obligation impérieuse d'assister et de surveiller l'opéré jusqu'à son retour à une entière conscience et d'employer éventuellement tous les moyens de réanimation qui pourraient être nécessaires pour y parvenir.* »

La Cour d'Appel n'a pas retenu la responsabilité du chirurgien; elle a en revanche reproché à l'anesthésiste d'avoir quitté la clinique pour se rendre dans un autre établissement hospitalier avant que le patient ait repris connaissance:

« Attendu que si les réflexes oculo-palpébraux s'étaient manifestés, par contre, les autres réflexes de défense n'étaient pas encore apparus et qu'en particulier, l'opéré n'avait pas rejeté la canule de Mayo qui, enfoncée dans sa bouche et son larynx, avait pour fonction de maintenir libres les voies respiratoires pendant l'anesthésie et d'empêcher qu'elles ne soient obstruées par la langue;

que l'anesthésiste a ainsi commis une faute d'autant plus certaine que, selon les experts, la dose de 80 cg de Penthotal administrée pendant l'anesthésie était supérieure d'environ 25% à la dose normale pour un enfant de cet âge et imposait une surveillance post-opératoire d'autant plus stricte jusqu'à l'élimination complète de ce produit; que, par la faute de l'anesthésiste, les soins nécessaires n'ont pas pu être prodigués à l'enfant dès l'apparition de ces symptômes (respiration forte, sueurs profuses, début de cyanose). »

2) Un médecin anesthésiste avait, à la fin d'une opération, constaté le réveil anesthésique « par les réflexes cutanés et pupillaires » et fait reconduire le patient dans sa chambre, mais sans l'accompagner. Une heure plus tard, une infirmière chargée de la surveillance constatait, après une courte absence, une insuffisance de ventilation des poumons, bientôt suivie d'un arrêt respiratoire et circulatoire. L'anesthésiste, alerté par téléphone, arriva cinq minutes après et malgré la réanimation entreprise, le patient décéda.

La Cour d'Appel de Paris, le 1er juillet 1971 (227), retint la seule responsabilité de l'anesthésiste pour les motifs suivants :

« Considérant qu'il ressort de l'information et des débats que le 11 septembre 1966 à 14 h 30, l'enfant Nicole T..., âgée de 4 ans, est décédée à la clinique Z... où, à 11 h 30, sous une anesthésie générale pratiquée par le docteur X... elle avait été opérée par le chirurgien Y... pour le nettoyage et la suturation d'une plaie du pied gauche causée par un accident de la circulation survenu la veille ;

(...)

Sur la culpabilité du docteur X... : considérant qu'il résulte, tant du rapport d'autopsie que des rapports des deux collèges d'experts, que la mort de Nicole T... a été causée d'une façon certaine par un accident post-anesthésique caractérisé par une insuffisance de ventilation des poumons, suivi d'un arrêt respiratoire et circulatoire et que l'hémorragie méningée constatée à l'autopsie était sans rapport avec le décès ;

(...)

« Considérant, d'autre part, que les experts, comme il a été exposé plus haut, ont mis en lumière la grave négligence commise par le docteur X... dans la surveillance post-opératoire de l'enfant jusqu'à son réveil complet, surveillance qui lui incombait personnellement en raison de ses fonctions d'anesthésiste ;

(...)

Considérant que le docteur X... ne saurait se prévaloir de ce que l'infirmière se trouvait aux côtés de l'opéré, qu'en effet la présence de celle-ci ne le dispensait pas de remplir *personnellement* son devoir de surveillance alors surtout qu'il n'ignorait pas que celle-ci avait d'autres malades à soigner et qu'elle ne pouvait rester constamment près de l'enfant ;

(...)

Considérant enfin qu'il est incontestable que la carence du docteur X... a constitué la cause déterminante et directe du décès de la victime, puisque seule une intervention immédiate, dès les premiers signes de troubles respiratoires, aurait permis d'assurer la survie du patient et la préservation de son intégrité physique et physiologique ;

Considérant que dans ces conditions, c'est à juste titre que les premiers juges ont déclaré le docteur X... coupable de l'infraction reprochée ;

(...)

Sur la culpabilité du docteur Y... :

Considérant que les experts ont unanimement admis qu'aucune faute opératoire n'était à reprocher au docteur Y... et que seul le docteur X... devait répondre du défaut de surveillance de l'enfant pendant la phase du réveil ;

Considérant que dans l'état actuel de la technique opératoire, il n'est pas douteux que les compétences tendent à se diversifier, ce qui entraîne une diversification corrélative des responsabilités ;

Considérant que si, au cours de l'intervention chirurgicale proprement dite, la notion de direction et de responsabilité du chirurgien ne paraît pas cependant devoir être systématiquement écartée, cette notion ne saurait trouver son application en l'espèce ; qu'en effet le docteur X... après avoir examiné l'enfant la veille de l'intervention a, seul, déterminé les techniques à appliquer, seul les a mises en œuvre, qu'il doit donc seul, à l'exclusion du docteur Y... rester étranger à ces actes, assumer la responsabilité de ceux-ci ; que dès

(227) Arrêt cité par DEROBERT, p. 303.

lors le docteur Y... qui savait au moment où il a quitté la salle d'opération que l'enfant était entre les mains du docteur X... responsable de son réveil, ne peut être recherché pour une faute de surveillance de celle-ci ;
(...)
Sur la responsabilité civile du docteur Y... :
Considérant que les conditions d'autonomie exposées plus haut dans lesquelles le docteur X... a assuré l'anesthésie de l'enfant et surveillé le réveil de celle-ci sont exclusives d'un lien de préposition entre lui et le docteur Y... ; que c'est donc par une inexacte appréciation des circonstances de la cause que les premiers juges ont déclaré ce dernier civilement responsable du docteur X... »

3) La 16e Chambre correctionnelle de Paris a relaxé, le 8 décembre 1970, une anesthésiste prévenue d'homicide par imprudence sur un enfant de cinq ans, décédé à la suite d'une opération du maxillaire inférieur. Les parents de l'enfant reprochaient à la prévenue de ne pas être restée au chevet de l'opéré jusqu'à son réveil complet. L'opération dura quatre heures et pris fin à 13 h 30. L'anesthésiste avait rendez-vous au début de l'après-midi dans une autre clinique pour assurer l'anesthésie du programme opératoire.

Le Tribunal a notamment affirmé :

« ... La cause du décès n'ayant pu être déterminée avec certitude, le tribunal ne peut considérer, à supposer que la prévenue ait commis des fautes, qu'un lien quelconque de causalité soit prouvé entre ces fautes prétendues et la mort de l'opéré... Aucun symptôme médical ne pouvait donner la moindre inquiétude sur le processus normal de la reprise de conscience...
Il n'y avait pas, ajoute le tribunal, obligation de donner des consignes précises au personnel hospitalier qui, ayant l'habitude de prendre en charge des opérés, devait assurer un service de sécurité... Enfin, certains patients mettant plusieurs heures à se réveiller après une intervention chirurgicale, on ne saurait exiger qu'un attaché anesthésiologiste vacataire passe une journée entière au chevet d'un seul malade. »

4) Une fillette fut amenée en clinique à fin 1966 pour une plaie à la cheville et un léger traumatisme crânien à la suite d'un accident de la circulation.

A l'issue de l'opération, l'enfant esquissa un geste pour repousser la canule placée dans sa bouche, destinée à l'empêcher d'avaler sa langue. Amenée dans sa chambre, elle donna brusquement des signes d'asphyxie après le retour de l'infirmière qui s'était absentée quelques minutes.

L'anesthésiste, rappelé chez lui, accourut aussitôt et pratiqua une réanimation. En vain. L'enfant succomba. Le chirurgien, qui était dans son bureau et qui eût peut-être pu procéder à un massage cardiaque après ouverture de la cage thoracique, n'avait pas été alerté.

Les médecins experts ont estimé que le mélange du produit utilisé pour l'anesthésie d'une enfant de trois ans avait peut-être été excessif, mais ils ont été surtout formels sur un point bien précis : l'anesthésiste aurait dû assister au réveil physiologique, c'est-à-dire complet, de l'opérée avant de regagner son domicile (228).

(228) « Pour l'anesthésiste, le réveil se manifestait par les réflexes. Pour les experts en revanche il y avait réveil lorsque se manifestait un début de conscience ».

Le Tribunal de Grande Instance de Versailles, dans un jugement du 11 décembre 1970 (229), a estimé que le chirurgien, en sa qualité de chef de l'équipe opératoire, était responsable des actes de l'anesthésiste jusqu'au réveil complet du patient ; aussi condamna-t-il le chirurgien à Fr. 2000.— d'amende. L'anesthésiste, jugé responsable de la mort de l'enfant, fut condamné à quatre mois de prison avec sursis et à Fr. 2000.— d'amende.

5) Une femme de 43 ans entra en clinique la veille d'une opération afin de subir les examens pré-opératoires normaux et une prémédication (un suppositoire de Nembutal la veille au soir et le matin, une heure avant l'intervention, l'injection intra-musculaire d'une demi-ampoule de Sédol et d'une demi-ampoule de sulfate d'atropine).

Lors de l'intervention, l'anesthésiste-réanimateur a établi une perfusion d'un mélange de Taractan, Nalorphine et Palfium. Il pratiqua une anesthésie locale avec neuroleptanalgésie. Il utilisa 30 ml. de Xylocaïne adrénalinée à 1%. Cinq minutes après l'intervention, qui s'était effectuée normalement, la malade fut remise dans sa chambre, accompagnée de l'anesthésiste, d'une panseuse et d'une infirmière sous la surveillance de laquelle elle fut placée. Dix minutes après, l'infirmière nota une légère cyanose des ongles, elle mit la patiente à l'oxygène et avertit l'anesthésiste. Revenue auprès de la malade, elle constata que la cyanose s'était accentuée avec disparition du pouls et de la tension artérielle. Elle alerta à nouveau l'anesthésiste. Ce dernier revint rapidement et jugea qu'une intubation était nécessaire ; il fit venir un chariot et conduisit la malade vers la seconde salle d'opération. Il constata en chemin que le cœur n'était plus perceptible ; il intuba et réanima la patiente. Le cœur se remit à battre mais la malade resta dans le coma. Elle décéda trois semaines plus tard, dans un service de réanimation. L'expert commis critiqua le retard apporté à la réanimation.

Le Tribunal de Grande Instance de Paris, le 9 avril 1974 (230), a condamné le chirurgien et l'anesthésiste à réparer in solidum le préjudice subi par les ayants-droit. Les attendus pertinents et fouillés du tribunal méritent d'être rapportés :

a) *Contre l'anesthésiste :*

> « Attendu que, d'après le rapport d'expertise, les deux médicaments neuroleptiques utilisés, le Palfium et le Taractan ont un effet analgésique et tranquillisant puissant, mais présentent l'inconvénient de comporter un effet dépresseur sur le système nerveux, qui s'ajoute à l'effet dépresseur du Sédol précédemment administré ; que s'agissant d'une intervention relativement courte, l'effet des médicaments au bout d'une heure et demie était encore au maximum ; qu'une telle thérapeutique implique une surveillance médicale extrêmement attentive du sujet, que cette mission incombe à titre principal aux médecins anesthésistes ;

(229) JCP 1971 II 16859.
(230) Arrêt rapporté par l'ouvrage collectif ORL, pp. 60-61.

Attendu que le docteur X..., après avoir reconduit l'opérée dans sa chambre, a immédiatement regagné le bloc opératoire, en la laissant sous la surveillance d'une infirmière, sans laisser à celle-ci des instructions suffisamment formelles pour être pleinement et immédiatement instruit de la situation; qu'il n'est pas venu au chevet de la malade au premier appel de l'infirmière; qu'à la seconde alerte il n'a pas apporté avec lui les instruments qui lui auraient permis de tenter la libération des voies respiratoires, sans déplacement de la malade; qu'une fois dans la chambre de la malade, ayant constaté un début d'asphyxie, il n'a rien fait pour entreprendre, instantanément, avec les moyens du bord, au besoin par bouche à bouche, une ventilation pulmonaire et un massage simultané du cœur; qu'il a décidé une intubation, mais a voulu la faire en salle d'opération, ce qui a nécessité la recherche d'un chariot et a entraîné dans un moment crucial où chaque seconde comptait, un retard supplémentaire;

Attendu que cette absence de surveillance appropriée à un moment où l'état de l'opérée l'exigeait tout particulièrement, ainsi que l'absence de toute intervention lors du premier avertissement de l'infirmière et la longueur de la mise en œuvre de l'intervention lors du second avertissement, constitue de la part du docteur X... une faute en relation de cause à effet avec la durée de la syncope et les lésions cérébrales qui ont entraîné le décès de la victime. »

b) *Contre le chirurgien :*

« Attendu que, en l'état actuel de la technique opératoire, il n'est pas douteux que les compétences tendent à se diversifier, ce qui entraîne une distinction corrélative des responsabilités conformes aux principes d'indépendance professionnelle qu'affirme l'article 9 du code de déontologie médicale, il n'en demeure pas moins que le chirurgien et l'anesthésiste forment une équipe chirurgicale; que le chirurgien choisi spécialement par le malade *répond du parfait déroulement de l'intervention*, reste garant de la qualité d'exécution et doit tout faire pour contribuer à son succès.

« Attendu qu'en l'espèce, il n'est pas contesté que le docteur X... n'a pas prolongé sa surveillance personnelle de l'opéré au-delà de son retour dans la chambre, parce qu'il participait en qualité d'anesthésiste à une deuxième opération effectuée par le docteur Y...

Attendu qu'en ne prévoyant pas, entre ces deux interventions successives, un intervalle suffisant, alors que le même anesthésiste y participait, le docteur Y... n'a pas permis à celui-ci d'assurer normalement le devoir de surveillance qui lui incombait.

Il appartient au chirurgien d'*organiser l'intervention de telle sorte* que chacun des membres de l'équipe chirurgicale puisse accomplir la tâche qui lui est impartie dans les meilleures conditions possibles. Que, pour avoir effectué lui-même la première intervention, le docteur Y... était informé des conditions de l'anesthésie, de la durée de ses effets, et tenu de veiller à ce qu'une surveillance approfondie soit organisée auprès de l'opéré jusqu'à son réveil.

Attendu que la non-disponibilité du docteur X... au moment où le sort de la patiente se jouait est donc en partie imputable au docteur Y... »

6) L'administration hospitalière et le personnel infirmier peuvent être seuls responsables en cas de décès dû à un défaut de surveillance du réveil d'un opéré.

(231) Arrêt cité et commenté par la Nouvelle Presse Médicale, 11 novembre 1972, N° 40 (Canad.medic.Ass. J. 1972, 107, 348-350).

Un récent arrêt canadien (231) définit ou s'arrête la responsabilité de l'anesthésiste et où commence celle des infirmières et de l'établissement hospitalier.

Le 4 juillet 1967, un enfant de 10 ans fut opéré pour des oreilles décollées. Malgré une micrognathie accentuée, l'anesthésie eut lieu sans encombre, avec induction au protoxyde d'azote, puis injection de Penthotal et de Succinylcholine, intubation après vaporisation d'un anesthésique local et utilisation du respirateur R.P.R. La feuille d'anesthésie fut parfaitement tenue, avec enregistrement des courbes du pouls et de pression artérielle par le « monitoring ». L'intervention terminée, dès la reprise d'une respiration spontanée, l'enfant fut conduit en salle de réveil, en bon état, mais encore inconscient. Vingt minutes plus tard, l'anesthésiste prévenu de toute urgence, ne put que constater le drame : arrêt cardiaque irréversible malgré une intubation immédiate et le massage cardiaque.

L'enquête apprit encore qu'avant cette tragédie des instructions de la direction aux infirmières imposaient un contrôle des opérés tous les quarts d'heure et que, peu de temps après l'accident, l'hôpital avait affiché de nouvelles instructions recommandant des contrôles toutes les cinq minutes.

L'enquête apprit que ce jour-là, il y avait six opérés en salle de réanimation, probablement quelques étudiants et qu'il devait y avoir cinq infirmières diplômées. Mais le doute subsista quant au nombre d'infirmières réellement présentes à côté de l'opéré lorsqu'il fut découvert inanimé. En effet, les infirmières avaient l'autorisation d'interrompre leurs activités pour prendre un café et aucune des cinq ne put dire où elle se trouvait à l'heure précise. Il sembla bien que par un malheureux hasard, elles se fussent rencontrées à l'office.

L'avocat de la partie civile reconnut, dès le début, que le chirurgien était hors de cause.

L'anesthésiste se défendit en déclarant qu'il ignorait totalement les instructions de l'hôpital, que s'il en avait eu connaissance, il aurait certainement trouvé les délais de quinze minutes beaucoup trop longs et que, dans la pratique, avec ou sans instructions, les opérés étaient surveillés beaucoup plus souvent. Cinq griefs furent faits à l'anesthésiste :

a) de ne pas avoir accompagné l'opéré en salle de réanimation et de ne pas être resté à ses côtés jusqu'à la réapparition des réflexes, sinon de la conscience ;
b) de ne pas avoir utilisé les meilleurs anesthésiques ;
c) de ne pas avoir prévenu les infirmières de réanimation que le réveil serait plus long que normalement ;
d) de ne pas s'être assuré que les infirmières fourniraient les soins adéquats ;
e) d'avoir enfin installé et habillé l'enfant de telle manière que les infirmières ne pouvait détecter aisément les difficultés respiratoires et la cyanose.

Le juge ne retint aucun de ces cinq griefs et l'anesthésiste, dont la conduite a été jugée irréprochable, fut relaxé.

Par contre, le juge taxa de négligence la direction de l'hôpital, trois infirmières pour s'être absentées de la salle de réanimation pour prendre un café, au moment où l'activité fut la plus grande, et la surveillante pour leur avoir donné l'autorisation de s'absenter toutes en même temps.

Section 13. La fixation du patient sur la table d'opération

La curarisation du patient au début de l'opération entraîne une relaxation totale des muscles destinée à faciliter le travail du chirurgien: «elle supprime la protection naturelle représentée par le tonus musculaire de posture, ce qui favorise l'apparition de paralysies» (232).

Ces paralysies par compression sont des accidents qui peuvent se produire au cours d'anesthésies profondes (233). Elles atteignent généralement le nerf radial (234) et, plus rarement, le cubital (235). Elles résultent du contact prolongé et pesant du bras sur le bord de la table d'opération. Parfois enfin, il s'agit d'une paralysie radiculaire par traction ou abduction d'un bras utilisé pour la perfusion (236).

La lésion des membres relâchés par compression ou par élongation lors de la fixation sur la table d'opération entraîne des accidents plus fréquents qu'on ne le pense en général, pouvant aller du simple engourdissement à une paralysie (monoplégie) de tout le membre supérieur (237). Le dommage peut survenir en dépit de toutes les précautions prises; cependant, il est dû la plupart du temps à une négligence de l'anesthésiste, à un défaut de surveillance ou à une mauvaise technique (238).

(232) Anesthésiologie, N° 5, mai 1974, (numéro spécial: La Responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), p. 390.

(233) LOMBARD, p. 62; BRUNHES, p. 217.

Cf. aussi C. VOURC'H, «Incidences de la posture sur le malade en cours d'opération», dans Encyclopédie Médico-chirurgicale, 36.375 A10, pp. 1-2.

(234) FROGE, p. 118: La *paralysie radiale* survient chez un malade en décubitus dorsal «par la compression de la face postérieure du bras par les bracelets de contention sur le bord de la table, les mains étant retenues par des bracelets en cuir, ou encore par la marche tranchante séparant la planchette du matelas sur un malade en décubitus latéral. Il est donc recommandé de laisser les bras le long du corps et de les placer sur la table et non en dehors, de les retenir par des attelles métalliques recourbées glissées sur le matelas, ou par des alèzes en travers de la table, passant autour des bras puis reglissées sous le malade, ou encore de mettre les mains sous les fesses, mais sans bague, pour empêcher la paralysie des nerfs inter-digitaux; ou encore, on peut replier le bras du malade sur la poitrine en le maintenant par la chemise autour des coudes; cette position permet de prendre le pouls et d'utiliser les veines du dos et de la main».

(235) Ibid., p. 119: Le *nerf cubital* peut être «atteint directement par la pose d'une planchette destinée à préserver la perfusion en période post-opératoire. Il faut donc que cette planchette remonte largement au-dessus du coude et derrière le moignon de l'épaule pour les nourrissons et qu'elle soit suffisamment rembourrée.»

(236) Ibid., pp. 118-119: Le plexus brachial est atteint soit par *élongation* surtout quand le malade, étant en position de Trendelenburg prolongée (en cas d'hysterectomie, par exemple) ou en *abduction* forcée, la tête humérale soulève et étire le plexus ou l'une de ses branches, soit par *compression* par les épaulières.

Cf. aussi Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial: La responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), p. 390.

(237) DE VILLE DE GOYET, p. 26.

Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial: La responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), p. 390: «Ces paralysies peuvent être légères, partielles, bénignes, régressant totalement dans un temps allant de un à quatre mois; mais, de nos études, il ressort qu'elles sont souvent plus graves qu'on ne le pense, car la régression peut n'être que partielle, voire négligeable malgré les traitements institués et laisser des séquelles définitives sous forme de paralysies, de dysesthésies et amyotrophies.»

(238) FROGE, p. 118; C. VOURC'H, op.cit. à la note 233, p. 2.

La jurisprudence concernant la répartition des responsabilités dans ce genre d'accidents est assez flottante ; les tribunaux apprécient chaque cas comme un cas d'espèce (239). Les décisions les plus anciennes retenaient la responsabilité du chirurgien (240) ; les plus récentes mettent en cause l'anesthésiste, ce qui nous paraît plus conforme à l'usage et à la répartition des tâches établies par la pratique médicale en salle d'opération (241).

Toutefois l'anesthésiste ne devrait pas être tenu pour responsable de la compression occasionnée par l'appui du chirurgien ou de son assistant sur le bras du patient correctement placé par l'anesthésiste le long du corps, ni d'une lésion qui résulterait directement d'une position — qu'il n'approuve pas — imposée de manière précise par le chirurgien ou dictée par la technique opératoire utilisée par celui-ci. Les accidents qui pourraient survenir de ce fait devraient engager la responsabilité du seul chirurgien (242).

A) **La jurisprudence mettant en cause le chirurgien** (243)

1) Une patiente fut opérée d'un fibrome par un chirurgien de Toulon. L'intervention, assez longue, se déroula normalement. Quand la malade se réveilla, elle constata qu'elle était paralysée du bras droit.

(239) Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial : La responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), p. 390 ; FROGE, p. 54 ; DE VILLE DE GOYET, p. 26.

(240) BRUNHES, p. 63 : « La jurisprudence en ce qui concerne la préparation de l'opération et les dommages causés au malade par une mauvaise fixation sur la table d'opération, a parfois parlé d'« obligation de sécurité » à la charge du chirurgien comportant une prise en charge du malade entraînant à son égard l'obligation de l'amener sain et sauf de tout dommage autre que celui pouvant résulter des aléas propres à l'intervention elle-même » (Trib.Gd.Inst. de la Seine, 3 mars 1965, JCP 1966 II 15482, note R. SAVATIER et Cour d'Appel de Rouen 4 juillet 1966, D.1967, somm. p. 74).

Ces décisions ne sont pas déterminantes parce qu'à l'époque où elles ont été rendues, la notion d'acte détachable n'existait pas encore et le chirurgien, commettant de l'anesthésiste, répondait de toute façon de n'importe quelle faute de l'anesthésiste, son préposé. Seules les décisions récentes sont ainsi significatives pour ce problème.

La Cour de Cassation dans un récent arrêt du 29 octobre 1968 (JCP 1969 II 15799, note R. SAVATIER) n'a pas admis cette façon de voir et a rappelé que le chirurgien n'est tenu que d'une obligation de moyens et qu'en conséquence, pour que sa responsabilité puisse être engagée pour mauvaise fixation de l'opérée sur la table d'opération, il fallait démontrer que cet acte préparatoire n'avait pas été accompli selon les règles de l'art.

(241) VOURC'H, op.cit., p. 1 : « Que l'opération se déroule sous anesthésie générale, sous anesthésie rachidienne, loco-générale ou locale, il appartient à l'anesthésiste de veiller à ce que la position du malade sur la table d'opération ne soit pas source d'inconfort, voire de complications. Le chirurgien, dont l'attention est concentrée sur l'acte opératoire, ne peut toujours veiller à ces détails. Les anesthésistes y sont, en général, plus attentifs ; ils sont entraînés, de par leur formation, à surveiller le malade inconscient, à contrôler ses fonctions vitales, à prendre les mesures nécessaires pour les rétablir le cas échéant. Or, la position du malade peut, sans aucun doute, jouer un rôle déterminant dans l'apparition de certaines complications ; inversément, on peut être amené à modifier sa position pour traiter des accidents respiratoires ou circulatoires en particulier. »

FROGE, p. 152 : « L'anesthésiste doit veiller à la position du malade sur la table d'opération, s'assurer que les épaulières sont en place, que les bras étendus sur des planchettes n'ont pas une angulation supérieure à 90°, ceci dans le but d'éviter les paralysies post-opératoires. Si la technique opératoire nécessite un changement de position du malade, l'anesthésiste arrimera convenablement canule, sonde d'intubation, perfusion, afin que le malade ne souffre pas de ces changements. »

(242) DE VILLE DE GOYET, p. 27 ; FROGE, p. 152 ; Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial : La responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), p. 390.

Pour sa défense, le chirurgien prétendit que si, effectivement, « il avait placé la malade en position de Trendelenburg, cette position était quotidiennement adoptée pour de nombreuses interventions abdominales et qu'il s'était produit un de ces accidents opératoires d'une rareté telle qu'il devrait être mis sur le compte d'une fatalité malheureuse ». En outre, le praticien invoqua l'extrême maigreur de l'opérée qui, à son avis, favorisait une compression du plexus brachial.

Les experts avaient confirmé que « la compression du bras était bien à l'origine de l'accident et que cet accident était connu, mais qu'il était excusable, à leur avis, à un moment où l'acte opératoire essentiel retenait toute l'attention du chirurgien ».

Les experts ne furent pas suivis par le tribunal et la Cour d'Appel d'Aix, le 10 novembre 1953 (244), retint la responsabilité du chirurgien pour les motifs suivants :

> « La position du patient sur la table d'opération doit être compatible avec le cas particulier que le chirurgien compte opérer. Le praticien a le plus impérieux devoir de procéder avec toutes les précautions désirables en l'état de la science, non seulement pour l'acte opératoire lui-même, mais pour tous les accessoires et, spécialement, en ce qui concerne la position du malade pendant une opération de longue durée.
> La maigreur extrême du sujet était un signe suffisant de prédisposition à l'accident, qu'en présence d'un tel élément le praticien aurait dû corriger la position inadéquate de la patiente sur la table d'opération et éviter, en particulier, un ajustement trop serré des épaulières.
> La faute du chirurgien est sans doute très légère, mais il n'en reste pas moins que la simple inattention équivaut, chez un chirurgien, à un défaut de précaution ; ainsi, le chirurgien doit savoir éviter les accidents externes au champ opératoire, dans toute la mesure du possible. »

2) Au cours d'une opération de castration effectuée dans une clinique de Grenoble, le patient eut le nerf cubital droit paralysé par suite d'une maladresse du médecin chargé de l'anesthésie.

Le Tribunal civil de Grenoble, le 16 mai 1956 (245), retint la responsabilité du seul chirurgien et releva que « l'anesthésiste, choisie ou agréée par le chirurgien, agit sous son contrôle, le départ étant difficile entre ce qui est accompli par le chirurgien et ce qui l'est par l'anesthésiste » (246).

(243) Outre les arrêts que nous rapporterons plus bas, on peut encore citer, entre autres : Cour d'Appel de Paris, 5 janvier 1945, D.1945.242 (le chirurgien doit notamment « veiller personnellement à ce que le patient soit correctement placé sur la table d'opération et s'assurer de l'état du matériel de fixation utilisé pour le maintien ») ; Cour d'Appel de Liège, 3 avril 1947, arrêt cité par DE VILLE DE GOYET, p. 28 ; Cour d'Appel de Lyon, 13 février 1961, D.1961.534.

(244) D.1954.11, arrêt confirmant le jugement de première instance (Trib. de Toulon, 27 mars 1952).

Cf. aussi KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 800-801.

(245) JCP 1956.11.9456. note R. SAVATIER.

(246) KORNPROBST (Resp. du médecin, p. 739) note que ce partage est effectivement très délicat, mais que « c'est précisément la difficulté qu'il faut désormais vaincre afin de libérer au maximum le chirurgien au cours d'opérations délicates et longues ».

3) Après une opération d'une hernie du diaphragme, un malade présenta une impotence fonctionnelle dont les experts attribuèrent la cause à la compression du nerf cubital pendant la fixation sur la table d'opération, en soulignant cependant que le praticien n'avait commis aucune faute ; la façon dont le bras avait été fixé était conforme aux règles de l'art et à la pratique courante.

Le patient ouvrit action contre le chirurgien, l'anesthésiste et la clinique. Le Tribunal de Grande Instance du Havre, le 11 décembre 1964 (247), condamna le seul chirurgien à des dommages-intérêts estimant que la mauvaise position du malade sur la table d'opération constituait une faute de sa part. L'anesthésiste et la clinique furent mis hors de cause.

Le chirurgien fit appel.

La Cour de Rouen, le 4 juillet 1966 (248), rejeta l'appel et confirma la décision des premiers juges en considérant que :

— l'anesthésiste était un assistant et n'avait joué aucun rôle dans la réalisation du dommage ;

— la clinique était hors de cause ;

— dans la salle d'opération, tous les actes étaient placés sous l'autorité du chirurgien.

La Cour précisa ce qui suit :

> « La fixation du patient sur la table d'opération, dans des conditions qui, du point de vue des règles de l'art, peuvent ne pas encourir de critiques, mais dont il n'est pas contesté qu'elles ont entraîné pour lui des dommages, met en jeu, quand elle a été dirigée par le chirurgien, sa responsabilité. »

Le Tribunal estima en outre que la fixation correcte du malade sur la table d'opération imposait au chirurgien une obligation de sécurité (249) :

(247) Arrêt cité par MALHERBE, pp. 79-80 et par FROGE, pp. 126-127.

(248) JCP 1967.15272.

(249) Responsabilité indépendante de toute faute : le dommage subi par le patient ne se rattache pas directement à l'acte médical ou chirurgical.

Dans le même sens, Trib. Gd.Inst. de la Seine, 3 mars 1965, JCP 1966 II 15482, note R. SAVATIER (Chirurgien seul condamné ; obligation de sécurité à sa charge).

MALHERBE (pp. 79-80), commente cet arrêt en ces termes :

« Une telle distinction reste très abstraite. Où sont exactement les limites de l'acte médical ? La Cour de Rouen, en mettant hors de cause en l'espèce le personnel médical, ne constate-t-elle pas elle-même que « la fixation du malade sur la table d'opération n'est pas au nombre des actes laissés à l'initiative arbitraire du personnel qui cependant l'exécute ; elle obéit à certaines règles dépendant de l'acte médical et comporte des modalités que seul le chirurgien traitant a la science nécessaire pour prescrire, et que le personnel ne réalise que sur son ordre plus ou moins exprès et sous sa responsabilité.

Nous comprenons bien que la responsabilité ne soit pas partagée par la clinique puisque, dans la salle d'opération, tous les actes sont placés sous l'autorité du chirurgien, mais précisément la distinction introduite par l'arrêt cité entre l'acte proprement médical et l'acte extérieur, ne peut guère se justifier ici où tout se passe dans une salle d'opération, où le malade est nécessairement passif du début à la fin.

Pourquoi la fixation sur la table engendrerait-elle une responsabilité sans faute du chirurgien qui, dans le cours de l'opération, ne serait responsable que d'une faute prouvée ? Et nous partageons, pour notre part, l'avis des commentateurs : le placement sur la table d'opération est inséparable de l'opération elle-même. Ce placement avait été effectué correctement, disent les experts. Pourquoi le chirurgien serait-il de plein droit responsable du fait que le malade l'a mal supporté ? La tendance dominante de la jurisprudence est d'ailleurs jusqu'alors de comprendre largement les limites du contrat médical et la Cour de Cassation l'a récemment rappelé. »

> «La faculté, pour le médecin, de disposer de la personne du malade comporte, en contre-partie, une prise en charge de celle-ci entraînant à son égard l'obligation de l'amener, au terme de son séjour, sain et sauf de tout dommage autre que celui pouvant résulter des aléas propres à l'intervention elle-même.»

Le chirurgien se pourvut en cassation. Estimant que l'arrêt de la Cour de Rouen, qui mettait à la charge du médecin une obligation de résultat, violait l'article 1147 CCfr., la Cour de Cassation, le 29 octobre 1968 (250), renvoya la cause devant la Cour d'Appel de Rouen.

La Cour de Cassation avait rappelé que «le chirurgien n'était tenu que d'une obligation de moyens et qu'en conséquence pour que sa responsabilité pût être engagée pour mauvaise fixation de l'opérée sur la table d'opération, il fallait démontrer que cet acte préparatoire n'avait pas été accompli selon les règles de l'art.»

B) La jurisprudence mettant en cause l'anesthésiste et le chirurgien in solidum

Un patient, L..., opéré d'une cholécystectomie, souffrit après l'intervention de troubles moteurs des deux membres supérieurs. La Cour d'Appel de Paris, le 11 mai 1966 (251), condamna in solidum le Dr B..., chirurgien, sur un fondement contractuel et le Dr X..., anesthésiste, sur un fondement délictuel, à réparer le préjudice.

> «Considérant que la nature des troubles dont le demandeur a souffert, leur localisation aux membres supérieurs, le temps où ils sont apparus, leur résorption dans une mesure considérable, les risques de troubles de ce genre au cours d'interventions chirurgicales, les causes qui les expliquent et dont l'une, la traction ou l'abduction d'un bras utilisé pour une perfusion doit être écarté, la perfusion ayant eu lieu au pied, le bon état de l'organisme du demandeur avant l'opération, à l'exclusion de l'organe malade, le fait que l'expert n'envisageait pas l'hypothèse d'une autre origine des troubles constatés, forment un ensemble de présomptions graves, précises, concordantes qui donnent à la Cour la conviction que la paralysie dont le demandeur s'est trouvé atteint provient de ce que les précautions suffisantes n'ont pas été prises pour éviter que, durant l'intervention, la position du bras n'entraîne la compression des nerfs, que cette déduction tirée de faits constants, ne peut être détruite par la seule déclaration %æ l'anesthésiste, dont la responsabilité est recherchée, qu'il a soigneusement évité de donner au bras une position dangereuse.
> Considérant qu'en négligeant de vérifier si toutes les précautions utiles avaient été prises pour prévenir chez L... une compression du nerf durant l'anesthésie profonde qu'elle allait provoquer, l'anesthésiste a commis une faute quasi délictuelle, en relation de cause à effet avec les troubles paralytiques manifestés par L... à son réveil; que L... est ainsi fondé à lui demander réparation de son préjudice.

(250) JCP 1969 II 15.799, note R. SAVATIER.
(251) Arrêt cité par DEROBERT, pp. 301-302.

Considérant qu'il est aussi fondé à poursuivre cette réparation contre le docteur B... (chirurgien) qui assumait la direction de l'intervention chirurgicale dans ses différents actes et avait la possibilité et le devoir de contrôler la position du patient sur la table d'opération; qu'au surplus, investi de la confiance de la personne sur laquelle il va pratiquer une opération et tenu, en vertu du contrat qui le lie à cette personne, de faire bénéficier celle-ci de soins consciencieux et conformes aux données de la science, le chirurgien répond des fautes que peut commettre le médecin auquel il a recours pour l'anesthésie et qu'il se substitue, en dehors de tout consentement du patient, pour l'accomplissement d'une partie inséparable de son obligation; que, la faute contractuelle du docteur B... ayant concouru avec la faute quasi délictuelle du docteur X... à la réalisation de l'entier préjudice subi par L..., une condamnation in solidum interviendra contre ces deux praticiens... »

C) Jurisprudence mettant en cause le seul anesthésiste

1) A l'occasion d'une paralysie du plexus brachial (conséquence de l'élongation forcée du bras du patient au cours d'une opération), le Tribunal civil de la Seine, le 3 novembre 1953 (252), se fondant implicitement sur la notion d'acte détachable, mit hors de cause le chirurgien et condamna le seul anesthésiste à réparer le dommage, « le chirurgien ne pouvant être déclaré responsable des fautes qu'a commises l'anesthésiste qui, lui-même, agissant en ce qui concerne sa qualité en toute indépendance, ne pouvait en aucune façon être considéré comme le préposé du chirurgien. »

2) Un patient, P..., diabétique dénutri, subit une longue opération pour un ulcère duodénal. Lors de son réveil, l'opéré constata une paralysie de ses deux membres supérieurs due à une mauvaise fixation pendant l'intervention; il resta définitivement paralysé du bras droit. Il ouvrit alors action contre le chirurgien, N... et l'anesthésiste, B...

La Cour d'Appel d'Aix, le 7 mars 1968 (253), retint la seule responsabilité de l'anesthésiste. Le Tribunal considéra que « l'anesthésiste, étant indépendant dans son travail et non pas le préposé du chirurgien, répondait seul et entièrement du dommage ».

La Cour de Cassation, le 27 mai 1970 (254), confirma l'arrêt de la Cour d'Aix, constatant que, « conformément à l'expertise, la paralysie avait été provoquée par une mauvaise position donnée au bras droit du patient, par les auxiliaires médicaux placés sous la conduite et la surveillance de l'anesthésiste et que cette mauvaise position caractérisait sa faute. »

« Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué qu'en juillet 1965, P... a été opéré d'un ulcère duodénal par le Dr N... assisté de la dame B..., médecin anesthésiste; qu'à son réveil après l'opération, P... se trouva para-

(252) Jugement rapporté par R. FONTAINE, « Les responsabilités dans l'équipe chirurgicale en pratique de ville », dans Anesthésiologie, Bull. Syndic.Nat.Anesth.Franç., décembre 1955, N° 10, p. 29.

(253) Arrêt cité par FROGE, pp. 101-102.

(254) Cass.civ., 27 mai 1970, JCP 1971 II 16833, note R. SAVATIER.

lysé des deux bras ; que par la suite, il recouvra partiellement l'usage du bras gauche, mais qu'il demeura définitivement paralysé du bras droit ; que sur l'action en dommages-intérêts engagée par lui, la Cour d'Appel a mis hors de cause le Dr N..., chirurgien, mais a retenu la responsabilité du Dr B..., anesthésiste ;
Attendu qu'il est reproché aux juges du second degré d'avoir ainsi statué, alors que le médecin n'étant tenu que d'une obligation de moyens et non de résultat, sa responsabilité ne peut être engagée « qu'en cas de faute de sa part ; qu'il en résulte qu'en déduisant de la paralysie subie par P... la nécessité d'une faute commise par le Dr B... », l'arrêt attaqué aurait fait peser sur elle une obligation de résultat et, par voie de conséquence, aurait créé à son encontre une présomption de faute ;
Mais attendu que se référant à l'avis des experts commis dont il a homologué en partie les conclusions, l'arrêt attaqué a estimé que « la mauvaise position donnée au bras droit de P..., soit au moment où il a été fixé au début de l'opération, soit au cours de celle-ci pendant qu'on renouvelait les piqûres anesthésiantes, n'a pas été nécessitée par les servitudes de l'opération (...) et qu'aucune précipitation dictée par la situation n'a été apportée pour procéder à l'anesthésie ou la prolonger durant l'opération, dispensant de prendre les précautions d'usage dont se réclame du reste la dame B... ; qu'en déduisant de ces constatations que « la mauvaise position du bras imputable à dame B... a déterminé l'accident », la Cour d'Appel a caractérisé la faute du médecin anesthésiste, constituant un manquement à son obligation de prudence et de diligence ;
D'où il suit que le moyen n'est pas fondé. »
(Rejet du pourvoi formé par l'anesthésiste).

2e arrêt :

« Attendu qu'étant demeuré paralysé du bras droit à la suite d'une opération d'un ulcère duodénal pratiquée par le Dr N..., chirurgien assisté du Dr B..., anesthésiste, P... a assigné les deux médecins en responsabilité conjointe et solidaire ; que l'arrêt attaqué n'ayant retenu que la seule responsabilité de l'anesthésiste pour un défaut de surveillance dans la position des membres supérieurs du patient pendant l'intervention, il est reproché à la Cour d'Appel d'avoir mis le Dr N... hors de cause alors, selon le moyen, que le chirurgien, investi de la confiance du patient, est tenu en vertu de son contrat de le faire bénéficier, pour l'ensemble de l'intervention, de soins consciencieux, attentifs et conformes aux données de la science ; qu'il répond, dès lors, contractuellement envers le patient, des fautes que peut commettre le médecin auquel il a recours pour l'anesthésie et qu'il se substitue en dehors de tout consentement du malade, pour l'accomplissement d'une partie inséparable de son obligation ;
Mais attendu qu'ayant relevé que P... avait assigné à la fois le Dr N... et le Dr B..., l'un et l'autre sur le fondement de la responsabilité contractuelle de l'article 1147 du Code Civil, pour des négligences qu'il reprochait à chacun d'eux, la Cour d'Appel, en retenant la seule responsabilité du Dr B..., médecin anesthésiste, a nécessairement admis qu'un contrat médical était intervenu entre celui-ci et P..., et qu'ainsi le Dr N... ne s'était pas substitué au Dr B... en dehors de tout consentement du malade.
D'où il suit que le moyen doit être écarté. »
(Rejet du pourvoi formé par le malade).

D) En définitive, nous pensons que l'installation du malade sur la table d'opération constitue une obligation du médecin-anesthésiste. Ainsi, le défaut de surveillance dans la position des membres supérieurs du patient pendant l'opération engagera sa seule responsabilité. « Les servitudes de l'intervention chirurgicale peuvent imposer des méthodes de fixation du patient qui comportent en elles-mêmes certains risques. La mise en œuvre de la responsabilité de l'anesthésiste suppose alors que la fixation n'ait pas été pratiquée dans le respect des règles de l'art ou que les précautions suffisantes pour réduire au minimum les suites fâcheuses de cet assujettissement n'aient pas été prises. Il y a alors une faute professionnelle, un manquement à l'obligation de prudence et de diligence dont tout médecin est débiteur (255). »

Section 14. La responsabilité à raison des instruments et des appareils

A) La responsabilité du fait des choses inanimées en droit français

L'article 1384, par. 1, du Code civil français (256) énonce qu'« on est responsable du dommage qui est causé par le fait (...) *des choses que l'on a sous sa garde* ».

Désirant faciliter l'indemnisation des victimes d'accidents toujours plus nombreux dus au développement du machinisme et de l'industrie, la doctrine et la jurisprudence françaises admirent peu à peu que l'article 1384, par. 1, du Code civil instituait une responsabilité objective (257). Depuis l'arrêt de la Cour de Cassation du 16 juin 1896 (258), une jurisprudence constante considère que la victime d'un accident causé par une chose inanimée (259) n'a plus à rapporter la preuve d'une faute du gardien de cette chose pour obtenir réparation du dommage ; celle d'un lien de causalité entre la chose et le préjudice suffit (260).

(255) F. LEYMARIE, op.cit., p. 26.
Cf. aussi Cass.civ. 12 novembre 1968, Bull.civ. I, N° 271, p. 206.

(256) Mentionnons que cet article du CCfr. n'a pas son pareil en droit suisse.

(257) A. WEILL, « Droit civil — Les obligations », Dalloz 1971, pp. 688-689 ; DEROBERT, p. 274.

(258) D.1897 I 433, note SALEILLES.
A. WEILL, op.cit., pp. 697-699 ; SAVATIER, Traité, p. 306.

(259) *Toutes* les choses inanimées sont susceptibles en principe d'engager la responsabilité de leur gardien, qu'elles soient mobilières ou immobilières, dangereuses ou non, inertes ou en mouvement (A. WEILL, op.cit., pp. 690-693).

(260) La présomption de responsabilité établie par l'art. 1384, par.1, ne peut être détruite que par la preuve du cas fortuit, de la force majeure ou d'une cause étrangère (fait d'un tiers, faute de la victime) qui ne soit pas imputable au gardien. Le gardien ne peut s'exonérer en établissant simplement qu'il n'a commis lui-même aucune faute (A. Weill, op.cit., pp. 713-721).

En outre, le gardien peut se libérer en prouvant que la chose n'a joué qu'un rôle purement *passif* ou qu'elle avait seulement subi l'action étrangère génératrice du dommage (A. WEILL, op.cit., pp. 721-722).

Le gardien de la chose, au sens de l'article 1384, par. 1, CCfr. n'en est pas forcément le propriétaire ou le détenteur (261); le gardien c'est celui qui a à la fois « l'usage, le contrôle et la direction » indépendante de la chose au moment où elle a causé le dommage (262).

B) L'application possible de l'article 1384, par. 1, CCfr. à la responsabilité médicale

Au cours des années trente, certains auteurs pensèrent pouvoir étendre aux médecins qui employaient des appareils ou des instruments de plus en plus nombreux, dangereux et complexes, l'interprétation donnée par les tribunaux à l'article 1384, par. 1, CCfr., ceci afin de faciliter l'indemnisation des patients victimes d'accidents (263).

Mais devant les protestations des médecins et de beaucoup de juristes, les tribunaux refusèrent finalement de s'engager dans cette voie (264). Depuis lors, la jurisprudence est constante: à part quelques cas isolés et peu significatifs (265), les juges français ont toujours déclaré l'article 1384, par. 1, CCfr. inapplicable à la responsabilité médicale et ils ont continué à exiger la preuve d'une

(261) « La garde se différencie de la simple détention matérielle qui caractérise la situation du préposé qui n'a pas réellement un pouvoir de commandement sur la chose » (A. WEILL, op.cit., p. 702).

(262) A. WEILL, op.cit., pp. 701-705; SAVATIER, Traité, p. 306; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 329.

(263) SAVATIER, Traité, pp. 306-307; DEROBERT, p. 274; PHARAON, pp. 130-131.

Voir aussi KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 879-880:

Un médecin peut-il être responsable du fait des instruments qu'il utilise? La question peut paraître, au premier abord, oiseuse, en tous cas surprenante; en effet, dira-t-on, un médecin s'acquitte ou non de l'obligation de fournir des soins éclairés, commet une faute ou n'en commet pas; qu'il en soit déclaré responsable ou absous; à quoi bon rechercher si cette responsabilité est due spécialement au fait qu'il utilisa ou non un *instrument*; quelle est, au surplus, la maladie, si bénigne soit-elle, où un instrument quelconque n'est pas nécessaire (...). Depuis trente ans, la jurisprudence avait multiplié les applications de responsabilité du fait des choses et précisé les conséquences de l'obligation de garde incombant à quiconque use d'un objet par lequel autrui subit un dommage. S'il ne s'était agi que de simples instruments tels que thermomètre, ventouses, aiguilles, seringues, voire bistouri, sans doute l'idée ne serait-elle venue à personne de les détacher de l'individu qui les utilise et dont ils prolongent, en quelque sorte, le geste ou perfectionnent l'organe. Mais il n'en fut plus de même lorsqu'apparurent les appareils de radiologie qui, mal connus et dangereux, firent naître les litiges les plus délicats. N'étaient-ce pas des « machines », des mécaniques mues par la main de l'homme qui, telle une automobile, pouvaient lui échapper ou, au moins, avoir une action qu'il n'avait ni voulue ni prévue, se soustraire par conséquent à sa garde au sens où paraissait l'entendre de plus en plus rigoureusement la Cour suprême? La présomption de responsabilité établie par l'art. 1384, par. 1, du Code civil, à la charge du gardien, qui ne peut la faire écarter que dans des circonstances et à des conditions déterminées, est une garantie précieuse pour la victime; n'était-ce pas le moyen de renverser au profit des malades la charge d'une preuve dont la difficulté avait fait échouer jusqu'alors de nombreux procès et qui paraissait unique à certains? L'analogie était tentante. »

(264) SAVATIER, Traité, pp. 306-307; DEROBERT, p. 274; PHARAON, p. 131.

MALHERBE, p. 81: « Si le praticien est ainsi présumé responsable chaque fois que le dommage résulte du fait de la chose utilisée, autant dire que sa responsabilité est automatique et condamner la hardiesse inhérente à chaque intervention médicale, dira-t-on. »

(265) Trib.civ. d'Etampes, 16 mai 1933, Gaz.Pal. 1933.2.615 (oubli d'une compresse dans l'abdomen de l'opéré).

Trib.civ. de Morlaix, 17 mai 1933, Gaz.Pal. 1933.2.257 (radiodermite consécutive à une application de rayons X): « L'art. 1384, par. 1, du code civil s'applique en matière de responsabilité médi-

faute du praticien (266). La doctrine presqu'unanime (267) a exprimé la même opinion que la jurisprudence en se fondant essentiellement sur les deux arguments suivants:

cale dans les cas précis où le médecin utilise pour les besoins de son art une machine soumise à sa direction et qui, mal gardée, provoque des désordres chez ceux qui avaient eu besoin de recourir à cette machine dirigée par le praticien. L'application de rayons X n'a rien de commun avec une erreur de diagnostic ou une erreur dans la prescription de médicaments, ou encore avec le coup de stylet malheureux du chirurgien, le stylet n'étant, en quelque sorte, que le prolongement de la main de l'opérateur auquel il obéit et qui est intimement lié à son adresse et à sa dextérité.»

Cour d'Appel Douai, 26 mai 1934, Rev. trim. de dr.civ. 1934, p. 609 avec observ. DEMOGUE.

Cour d'Appel Lyon, 16 mars 1935, Gaz.Pal. 1935.1.915: «L'art. 1384 du code civil est aussi général que possible, (qu') il édicte la responsabilité du gardien de la chose sans qu'il y ait lieu de distinguer suivant qu'elle était ou non actionnée par la main de l'homme, ni qu'elle fût ou non dangereuse; (que), sans doute, cet article ne saurait s'appliquer à l'instrument de chirurgie qui n'est qu'un outil entre les mains du praticien et ne fait, en quelque sorte, qu'un avec elles, l'obligation de garde ne s'étendant pas plus à celles-ci qu'à celui-là mais (qu') il n'en est plus de même lorsqu'il s'agit d'un appareil dont les effets lui sont propres et dont l'action, quoique provoquée et réglée par celui qui la met en œuvre, n'a pas sa source dans l'activité musculaire de celui-ci, le médecin ne faisant qu'utiliser ses effets, *tel étant précisément le cas des appareils radio-électriques.*»

Trib.civ. Reims, 6 mars 1936, Gaz.Pal. 1936.1.679 (erreur de médicaments).

Cour d'Appel de Paris, 22 décembre 1953, D.1954.175 (patiente blessée par la chute inopinée de la table d'examen sur laquelle elle se trouvait sans que la cause du brusque déblocage du volant de ladite table ait été établie).

Cass.civ., 1er avril 1968, JCP 1968.15547: «Un médecin anesthésiste avait été poursuivi pour homicide par imprudence en raison de l'accident mortel subi dans le bloc opératoire par une patiente en voie d'être opérée, et ce du fait de l'explosion, au contact de l'air et d'une étincelle, du gaz cyclopropane sortant de l'appareil d'inhalation. Il fut acquitté par la juridiction pénale, mais sa responsabilité civile fut ensuite retenue par un arrêt de la Cour de Paris du 23 mai 1966 qu'a confirmé la Cour de Cassation qui rejeta en ces termes le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'Appel:

> «Les parents de la personne décédée à la suite de l'explosion de l'appareil d'anesthésie ayant agi non en qualité d'héritiers du défunt mais seulement en tant que tiers, étrangers au contrat médical, se sont placés valablement sur le terrain de la responsabilité délictuelle et la Cour d'Appel a pu fonder sa décision sur les dispositions de l'art. 1384, al. 1, du Code civil pour retenir la responsabilité de l'anesthésiste, propriétaire de l'appareil et qui, au moment de l'explosion, en avait la direction, la garde et le contrôle.»

R. SAVATIER, note sous Trib. Seine, 3 mars 1965, JCP 1966.14582: «Ainsi, lorsque son appareil d'anesthésie, par un dérangement imprévu, au lieu de conduire à la bouche du patient un fluide anesthésiant, lui insuffle un jet de flammes, le médecin répondra du vice de son appareil. Car, tout technicien se servant d'instruments propres doit garantir son co-contractant contre les vices du matériel qu'il utilise.»

(266) Trib. de Nantes, 20 janvier 1925, Gaz.Pal. 1925.1.553; Trib. de Marseille, 5 mai 1930, D.H. 1930.389; Cour d'Appel d'Aix, 16 juillet 1931, D.1932.2.5, note NAST; Cour d'Appel de Rennes, 14 novembre 1934, Gaz.Pal. 1935.1.104; Cour d'Appel de Rennes, 5 décembre 1935, Gaz.Pal. 1936.1.257; Trib.civ. Seine, 25 mai 1936, Gaz.Pal. 1936.2.375; Cass.Req., 15 juin 1937, S. 1938.1.5; Cass.Req., 1er juillet 1937, Gaz.Pal. 1937.2.411; Cour d'Appel de Bourges, 2 février 1938, Gaz.Pal. 1938.1.723; Cass.civ. 27 juin 1939, JCP 1940 II 1438; Cass.civ. 27 mai 1940, Gaz.Pal. 1940.2.81; Cass.civ. 30 octobre 1962, JCP 1962 II 12954, note R. SAVATIER; Cass.civ., 16 novembre 1965, D.1966.61.

(267) DEROBERT, p. 274; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 330; DEMOGUE, note dans Rev.Trim. de dr.civ., 1925.350; L. HUGUENEY, «La responsabilité du fait des choses dans son application à la médecine», dans Ann.Méd.Lég. 1928, pp. 119 ss.; A. PEYTEL «A propos de la responsabilité médicale», Ibid. 1935, p. 459; M.-J. RAUZY, Les obligations du médecin, thèse Paris 1939, pp. 81 ss.; H. LALOU, Traité de la responsabilité civile, 5e éd. 1954, notes 1278 ss.; DEMOGUE, Traité des obligations, T.V, note 1133 et note dans Rev.Trim. de dr.civ. 1933.878; A. LEPOINTE, A propos de la responsabilité du fait des choses appliquée aux médecins, dans Arch. de l'Institut de méd.lég. et de méd.soc. de Lille, 1935, pp. 49 ss.

1) L'acceptation supposée des risques par le patient qui se soumet volontairement au traitement et « qui participe à l'usage des appareils » (268).
2) La présomption de responsabilité établie par l'article 1384, par. 1, CCfr. vise exclusivement la responsabilité délictuelle et non pas contractuelle (269).

Or, depuis que la Cour de Cassation a reconnu à la responsabilité médicale un fondement contractuel (270), c'est le contrat médical lui-même qui est généralement invoqué comme écartant implicitement toute responsabilité automatique liée au fait des instruments médicaux (271).

(268) DEROBERT, p. 274; SAVATIER, Traité, p. 307.

Trib. de Nantes, 20 janvier 1925, Gaz.Pal 1925.1.553; Cour d'Appel d'Aix, 16 juillet 1927, D.1932.2.5, note NAST; Trib. Marseille, 5 mai 1930, D.H. 1930.389; Cour d'Appel Rennes, 5 décembre 1935, Gaz.Pal. 1936.1.257.

PHARAON, p. 131: Lorsque le médecin « utilise un appareil dangereux, c'est dans l'intérêt exclusif du malade qu'il l'a employé. Et il est bien normal que ce soit ce dernier qui supporte les risques éventuels de cette intervention, aussi longtemps qu'il va bénéficier de ses avantages ».

(269) Cass.Req. 25 mars 1908, D.P. 1909.1.73; Cass.civ. 19 janvier 1914, D.P. 1914.1.303; Cour d'Appel de Rennes, 14 novembre 1934, Gaz.Pal. 1935.1.104; Cour d'Appel de Rennes, 5 décembre 1935, Gaz.Pal. 1936.1.257; Cass.Req. 15 juin 1937 et 1er juillet 1937, S.1938.1.5, Gaz.Pal. 1937.2.411; Cour d'Appel de Bourges, 2 février 1938, Gaz.Pal. 38.1.723; Cass.civ. 27 juin 1939, JCP 40 II 1438; Cass.civ. 27 mai 1940, Gaz.Pal. 40.2.81.

Il faut noter en outre qu'une règle classique de la responsabilité civile en droit français exclut le cumul d'une responsabilité contractuelle et d'une responsabilité délictuelle. Ainsi en invoquant l'existence d'un contrat médical, le demandeur, en vertu de ce principe, renonce à placer la responsabilité du praticien sur le plan délictuel de l'art. 1384, par. 1, CCfr. (SAVATIER, Traité, p. 307; DEROBERT, p. 274).

(270) Cass.civ. 20 mai 1936, D.1936.I.88.

(271) SAVATIER, Traité, pp. 306-307; PHARAON, p. 131; MALHERBE, p. 83; DEROBERT, p. 274; FROGE, p. 31; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 888.

Trib.civ. Seine, 25 mai 1936, Gaz.Pal. 1936.2.375; Cass.Req. 15 juin 1937, S.1938.1.5.

Cass.civ. 30 octobre 1962, JCP 1962 II 12954, note R. SAVATIER: « La violation de cette obligation est sanctionnée par une responsabilité de nature contractuelle, exclusive de l'art. 1384, par. 1, du code civil. »

Cass.civ. 25 mai 1971, cité par DEROBERT, p. 311: La Cour a rejeté en ces termes une demande d'indemnisation des ayants droit (veuve et enfants) d'un patient, demande fondée sur la présomption de responsabilité de l'art. 1384, par. 1, CCfr:

> « Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué qu'en avril 1955, le docteur P... devant pratiquer une radiographie de la colonne vertébrale de B... fit entrer le malade en clinique et le lendemain, après examens préparatoires, procéda aux injections de produits nécessaires à l'insensibilisation et à la coloration; qu'au cours d'une infiltration de « Méthiodal », B... tomba en état de mort apparente; qu'après réanimation, il resta dans le coma, puis décéda quatre semaines plus tard, sans avoir repris connaissance;
> Attendu qu'il est reproché à la Cour d'Appel d'avoir rejeté l'action en responsabilité, engagée par la dame veuve B... sur le fondement de l'art.1384, par.1, du Code civil, alors que la demanderesse, agissant en tant que tiers étranger au contrat médical, était fondée à se placer sur le terrain de la responsabilité délictuelle, alors que la notion de garde juridique d'une chose est indépendante de la qualité de la personne qui en est la victime, alors qu'enfin l'arrêt constate que le patient tomba en état de mort apparente « au cours » d'une injection de « Méthiodal » pratiquée par le docteur P...
> Mais attendu qu'ayant relevé qu'il n'avait été ni invoqué, ni établi que le Méthiodal utilisé par le praticien était affecté d'un vice propre et déclaré que l'injection de ce produit par le docteur P... constituait un « acte médical » à l'occasion duquel aucune faute n'avait été commise, la Cour d'Appel a, par ces seuls motifs, nécessairement écarté l'application de l'art. 1384 du Code civil et légalement justifié sa décision: qu'ainsi le moyen n'est pas fondé. »

Pour sa part, SAVATIER (272) pense qu'alléguer le caractère contractuel des rapports entre le praticien et son patient ne suffit pas à repousser l'application de l'article 1384, par. 1, CCfr, au médecin. L'éminent juriconsulte français estime que «l'immunité médicale, quant à la responsabilité des dommages causés par les instruments médicaux, ne se fonde, à proprement parler, sur aucun acte volontaire du malade, qu'on le qualifie d'acceptation de risques ou de contrat. Cette immunité particulière (nous) paraît un simple aspect de l'immunité plus générale qui s'attache à tout acte médical correctement exercé. Pour que le médecin puisse remplir son ministère, il ne faut pas qu'il encoure une responsabilité automatique en cas d'échec» (273).

C) L'obligation de sécurité des cliniques et des médecins de l'équipe opératoire

Ainsi, en droit français (274), il n'y a pas une responsabilité médicale spécifique à raison des instruments ou des appareils (275); la jurisprudence applique le droit commun et les principes généraux de la responsabilité médicale (276); tout au plus, énonce-t-elle parfois que le praticien répond d'une obligation de résultat ou de sécurité quand il emploie des appareils (277).

(272) Traité, p. 308: «En effet, ajoute l'auteur, on ne pourrait empêcher la veuve, les descendants et les ascendants (qui sont étrangers au contrat de soins entre le médecin et son patient, ce contrat étant sans effet à l'égard des tiers) du patient mort du fait de l'outillage médical, d'en tenir le médecin pour responsable, sans avoir à prouver à sa charge la moindre faute. Jusqu'à présent, nous ne connaissons aucune décision sur la matière.»

(273) Ibid., p. 309: «Ici encore, la comparaison de la condition du médecin avec celle de l'automobiliste fait apparaître une différence essentielle. L'automobiliste circule dans son propre intérêt; le médecin exerce son ministère dans l'intérêt d'autrui et dans l'intérêt général. Il est donc équitable de mettre à la charge de l'automobiliste une responsabilité automatique au cas où son véhicule vient à causer un dommage, même sans que sa faute soit prouvée. Mais il serait contraire à la raison du ministère médical d'imposer à un médecin, qui peut être irréprochable, une responsabilité de plein droit, par cela seul que les instruments utilisés par lui, pour le bien probable du malade, ont causé à ce dernier un dommage. Cette raison protège le médecin non seulement d'une action exercée contre lui, de la part du malade avec qui il a contracté, mais encore de l'action exercée, après un accident mortel dû à ses instruments, par les proches du malade, réclamant la réparation du préjudice personnel qu'ils auraient éprouvé.

En revanche, les tiers qui ont assisté en spectateurs à un acte médical, n'ont pas à tenir compte de l'immunité médicale. Celle-ci est sans rapport avec l'accident dont ils seraient victimes par le fait d'un instrument utilisé par le médecin. C'est le cas, par exemple, si une aiguille maniée par le médecin lui échappe et va blesser un spectateur».

(274) Il en va d'ailleurs de même en droit suisse.

(275) PHARAON, p. 131.

DEROBERT, pp. 274 et 311: «Il n'y a pas de différence de nature entre la responsabilité médicale née d'un fait personnel et la responsabilité médicale née d'une activité utilisant une *chose*.»

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 889: «L'absurdité ou l'invraisemblance écartée, la solution pratique des problèmes posés par l'utilisation des instruments chirurgicaux et radio-électriques n'est pas, pour autant, résolue: du fait que l'art. 1384, par.1, du Code civil n'est pas applicable aux médecins dans leurs rapports avec les malades comme avec les tiers, il ne s'ensuit pas, on le pense bien, qu'ils ne soient jamais responsables quand le dommage provient du contact ou de l'action de l'un de ces instruments.»

(276) PHARAON, pp. 131-132.

(277) DEROBERT, p. 311; PHARAON, p. 132.

BOYER CHAMMARD, pp. 85-86: «Cependant, ce qui semble donner à l'obligation de moyen la coloration d'une obligation de résultat, c'est que médecins et chirurgiens sont responsables

Toutefois, les accidents nombreux causés par l'emploi d'appareils et d'instruments variés (278) ont attiré l'attention des tribunaux et les ont conduits à dégager certaines règles que doivent observer les médecins et les cliniques:

1) Le *médecin en général* doit user convenablement (conformément à la technique et aux règles de l'art) d'appareils adéquats et sans défauts. Il est responsable de leur entretien et de leur bon fonctionnement (279).

En outre, un spécialiste doit être maître de l'appareil que sa spécialité met à sa disposition et savoir s'en servir, ce qui requiert une expérience sérieuse.

Le médecin doit enfin redoubler de prudence et de précautions lorsqu'il utilise des appareils complexes, tels par exemple les appareils de radiologie (280).

Si malgré ces précautions, un accident dû à un instrument survient, le médecin ne saurait en être rendu responsable (281).

2) La *clinique* répond de l'insuffisance (282) ou des défauts (283) du matériel. Elle doit s'assurer du bon état et du fonctionnement normal des appareils qu'elle met à la disposition du chirurgien, ce dernier n'ayant pas à s'en occuper, surtout lorsqu'il s'agit d'instruments ou d'appareils compliqués et demandant un examen minutieux (284).

En outre, en vertu d'une certaine division du travail qui s'est nécessairement établie, c'est la clinique qui assume, en principe, la désinfection et la stéri-

dans le cadre de la responsabilité contractuelle, soit des instruments et appareils qu'ils utilisent, soit des personnes qu'ils emploient. En effet, écarter la présomption de responsabilité du fait des choses inanimées et la responsabilité délictuelle du fait d'autrui ne résout pas la question puisque, en effet, le médecin demeure responsable de ses instruments et de ses préposés dans le cadre contractuel. Mais celui-ci présente l'avantage incontestable de la souplesse et la distinction n'est pas sans intérêt. Ce qui amène à penser qu'un mauvais fonctionnement des instruments ou des machines auxiliaires du médecin présume, en fait, une faute, c'est qu'il paraît effectivement normal que le contrat médical garantisse au malade leur bon fonctionnement technique; présomption de faute certes qui évoque l'obligation de résultat, mais présomption qui se fonde sur la faute médicale vraisemblable. La règle demeure en effet que le médecin n'est responsable que si une faute est relevée contre lui dans l'installation, l'entretien et le maniement de son matériel. En cas d'accident, la faute du médecin sera d'avoir utilisé un instrument ou un appareil dont le défaut ou la défaillance l'aura conduit à manquer à un résultat que le malade était contractuellement en droit d'attendre.»

MALHERBE, pp. 82-83: «C'est le bon sens même, le malade est en droit d'exiger que, dans les soins à lui procurés, on se serve *d'une machine* en état normal de fonctionnement. Il s'agit-là d'un engagement de résultat, toujours de nature contractuelle, dont le débiteur ne peut pas s'affranchir en prouvant qu'il n'a pu empêcher le dommage causé par le vice de ses instruments ou de ses appareils.»

Trib. Seine, 3 mars 1965, JCP 1966.14582, note R. SAVATIER; Cass.civ., 28 juin 1960, JCP 1960 II 11787, note R. SAVATIER.

(278) Comme le note à juste titre KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 880, les médecins ont aujourd'hui à leur disposition un clavier immense d'instruments de toutes sortes qu'ils utilisent quotidiennement.

(279) THELIN, pp. 57 et 67 ss.; ROSENSTIEL, FJS 846, pp. 5-6; PHARAON, p. 132.

(280) Trib. de la Seine, 23 janvier 1889, Gaz.Pal. 1889.1.336; Cour d'Appel d'Aix, 22 octobre 1906, D.P. 1907.2.41.

(281) THELIN, p. 57.

(282) Cour d'Appel de Pau, 8 décembre 1953, JCP 1954 II 8127, note SEIGNOLLE; Cour d'Appel de Limoges, 25 octobre 1955, JCP 1956 II 9021, note R. SAVATIER: il faut que cette insuffisance ait un lien de causalité avec le dommage.

La clinique répondrait également d'un personnel insuffisant en nombre.

(283) Cass.civ., 30 décembre 1936, D.1937.1.5, note R. SAVATIER; Cass. civ., 29 décembre 1947, JCP 1948 II 4259.

(284) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 84: «Il existe du personnel qui ne fait pas partie d'une équipe chirurgicale déterminée, qui est subordonné au contrôle du directeur administratif et

lisation du bloc opératoire, des appareils, dess instruments, des linges qui s'y trouvent et qu'elle met à la disposition des chirurgiens (285).

3) Le *chirurgien* doit avant l'intervention préparer minutieusement les appareils et instruments qu'il va utiliser et en vérifier soigneusement la qualité, le bon fonctionnement et l'asepsie (286).

Il doit également s'assurer que ces instruments et appareils présentent le maximum de garanties, qu'ils soient conformes aux exigences actuelles de la médecine et qu'ils soient normalement utilisables pour le cas qu'il va opérer (287).

En outre, durant l'opération et tant que se poursuit l'acte chirurgical, l'opérateur répond du matériel (288) mis à sa disposition (notamment de l'adaptation (289) des appareils sur lesquels repose le corps du patient); ce matériel « se

reçoit de lui ordres et directives qui ne regardent pas le chirurgien tels, précisément, la tenue parfaite de la ou des salles d'opération, l'entretien de ce que l'on appelle le *bloc opératoire*, la préparation du matériel chirurgical en vue de chaque intervention. Véritables préposés de l'établissement, personne morale ou de son propriétaire, personne physique, c'est à eux et à lui que l'on songera d'abord dans le cadre de l'art. 1384, par. 1 et 4 du CCfr. »

Ibid., p. 813: « Il est admis, en fait et en droit, qu'un service chirurgical doit être prêt à fonctionner parfaitement, c'est-à-dire qu'au moment où le chirurgien prend possession de la salle d'opération, tous les instruments et appareils qui s'y trouvent puissent être utilisés par lui selon leurs destinations respectives, cela veut dire que les instruments sont aseptisés, que les pinces sont dénombrées, les boîtes de compresses prêtes à être ouvertes instantanément. Sinon, la clinique propriétaire est responsable. »

Cour d'Appel de Paris, 15 juin 1954; PHARAON, p. 116; SAVATIER, Traité, p. 407.

(285) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 812; SAVATIER, Traité, p. 265.

Mentionnons encore qu'en Suisse, dans la pratique courante, confirmée par celle des assurances de la responsabilité civile, la clinique répond civilement, pour ses auxiliaires, des brûlures provoquées par le liquide de désinfection qui coule de la zone à opérer et qui entre parfois en contact avec la plaque fonctionnant comme prise de terre du bistouri électrique située sous le corps du patient.

(286) SAVATIER, Traité, p. 265; PHARAON, p. 216; LOEFFLER, p. 90.

Trib. Seine, 25 février 1929, Gaz.Pal. 1929.1.424; Cass.crim. 11 février 1941, Gaz.Pal. 1941.1.353; Cour d'Appel de Paris, 15 juin 1954, D.1954.649; Cour d'Appel de Bourges, 27 juillet 1948, D.1948.574.

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 812: « Mais il ne faut pas, non plus, perdre de vue que le chirurgien doit se préoccuper de savoir si tout est prêt, et bien prêt, avant d'opérer; il n'est, sans doute, pas question de vérifications minutieuses, matériellement et psychologiquement impossibles, ne serait-ce que faute du temps nécessaire pour y procéder, mais de ces sondages révélateurs et de ces essais de contrôle aux points généralement névralgiques qui font la sécurité d'une intervention chirurgicale et réduisent en tout cas ses risques à ce qu'ils doivent demeurer. Cela est vrai surtout lorsqu'il s'agit d'actes préparatoires qui chevauchent, en quelque sorte, sur l'exécution elle-même et c'est là que l'idée de responsabilité partagée peut trouver des applications justifiées. »

Le chirurgien doit s'assurer de la présence en clinique du matériel et des médicaments généralement nécessaires (Cass.civ., 31 mai 1960, arrêt cité par BRUNHES, p. 80).

(287) THELIN, p. 56; PHARAON, p. 116; SAVATIER, Traité, p. 265; BOYER CHAMMARD, p. 157.

Cass.civ. 29 décembre 1947, D.1948.127; Cour d'Appel de Paris, 15 juin 1954, JCP 1954 II 8223.

Cour d'Appel de Metz, 21 mai 1767, D.P. 1867.2.110: « Spécialement un médecin n'est pas responsable de la perte d'un membre sur lequel il a opéré, s'il est constaté qu'il a employé, pour la réduction de ce membre, l'appareil usité, qu'il a consciencieusement veillé à la fabrication et à l'application de cet appareil, et qu'il l'a levé après un délai non contraire aux règles d'une saine pratique. »

(288) BOYER CHAMMARD, p. 157.

(289) Cour d'Appel de Paris, 5 janvier 1945, D.45.242; Cass.Req., 21 juillet 1947, Gaz.Pal. 1947.2.202; Cour d'Appel d'Aix, 10 novembre 1953, D.1954.11; Trib. civ. Marseille, 18 octobre 1951, Gaz.Pal. 1951.2.431.

trouve sous sa garde responsable, même s'il lui est fourni par la clinique» (290).

Signalons enfin le problème particulier posé par les brûlures de patients dues à un mauvais fonctionnement du *bistouri électrique*.

Une patiente, C..., au cours d'une opération parfaitement réussie (résection et coagulation d'hémorroïdes au bistouri électrique) fut gravement brûlée aux jambes et à la main droite, à la suite d'un mauvais contact sur la table d'opération. Dame C... ouvrit action contre le chirurgien X... et la clinique.

Le chirurgien alléguait «qu'il s'était produit une variation de courant indécelable pour l'opérateur pendant les trente secondes où les branchements électriques avaient été maniés par le personnel spécialisé de l'établissement, ce qui constituait un double motif de le mettre hors de cause».

La clinique soutenait que «les aides qui avaient mis en état et manipulé les branchements électriques pendant que le chirurgien se servait du bistouri étaient ses préposés occasionnels; elle prétendait aussi qu'il n'existait, eu égard à l'appareil, aucun rapport contractuel entre le malade et elle-même, et, qu'en tous cas, la garde de l'appareil à haute fréquence avait été transférée pendant la durée de l'opération au chirurgien qui en avait l'usage, le contrôle et la direction. Au surplus, expliquait-elle, l'examen du bistouri révélait, selon toute vraisemblance, à ce moment, une inversion des fils électriques qui aurait dû attirer l'attention du chirurgien coupable de ce fait, à ses yeux, d'une faute quasi délictuelle».

L'expert exposa que, «pour permettre une intervention analogue à celle qu'avait subie la patiente C..., la table d'opération métallique et ce que l'on nomme l'électrode indifférente, placée au contact du dos de la patiente, doivent être reliées aux bornes intérieures de l'appareil, c'est-à-dire à la terre et le manche porte-bistouri (lame) à l'une quelconque des quatre bornes actives ou bornes

(290) Cass.civ. 29 décembre 1947, D.1948.127.
SAVATIER, Traité, p. 309.
KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 812-813: «La diversité et la multiplicité des instruments nécessaires, au cours d'une grande opération chirurgicale, surprendraient sans doute beaucoup de profanes; il ne s'agit, d'ailleurs, pas des instruments au sens large, ni des appareils de toutes sortes, que les médecins emploient quotidiennement et tels que nous les considérons à part au chapitre suivant, mais seulement des instruments chirurgicaux (tables diverses, supports, récipients, bocaux, aiguilles, porte-aiguilles, seringues, pinces hémostatiques, compresses et, surtout, la famille au grand complet des bistouris, etc.), appareillage devenu d'une complexité telle que les chirurgiens non propriétaires de cliniques personnelles – c'est le plus grand nombre — et même ceux qui possèdent une clinique, mais dans le cas où ils opèrent à l'hôpital, utilisent des instruments qui sont mis à leur disposition par l'établissement, avec la salle d'opération et, souvent, son personnel (infirmières).

La nature des liens juridiques qui se forment à cette occasion entre le chirurgien et l'établissement hospitalier n'a jamais, à vrai dire, été approfondie et demeure incertaine. Elle est d'ailleurs variable. Ce n'est pas un louage de choses puisque la location de la salle d'opération est facturée au malade et crée ainsi, entre la clinique (ou l'hôpital) et lui, un lien direct que l'arrêt susvisé de la Cour de Paris a précisément souligné et puisque, d'autre part, aucune rémunération spéciale n'est versée par le chirurgien qui utilise des instruments lesquels, au surplus, existent dans le service en nombreux exemplaires qui sont interchangeables et ne sont pas toujours les mêmes. Cela pourrait être un commodat ou prêt à usage; mais, gratuit de nature (art. 1876, Code civil), il rend seulement responsable des défauts de la chose tels qu'ils puissent causer du préjudice à celui qui s'en sert (art. 1891, Code civil) le prêteur qui *connaissait les défauts* et n'en a pas averti l'emprunteur. Cela limite singulièrement le champ d'application de ce contrat bien connu aux instruments chirurgicaux des hôpitaux et cliniques. On conçoit mal, en effet, une clinique ou un hôpital remettant, par son service compétent, à un chirurgien des instruments dont les défauts seraient connus. Ce serait, quoi qu'il en soit, pratiquement impossible à prouver dans la plupart des cas.»

supérieures. De cette façon, la plaque, le sujet et la table se trouvent au même potentiel et aucun courant ne peut passer par les jambes et les bras de la patiente, en contact avec la table, pour y provoquer des brûlures. Ce montage est obligatoire pour toutes les applications de radio-chirurgie. Or, l'apparition de brûlures aux endroits du corps où la peau de l'opérée se trouvait en contact avec les parties métalliques de la table impliquait une différence de potentiel entre l'électrode dorsale et la table. Cette chute de potentiel pouvait s'expliquer de quatre manières:

— soit par un branchement défectueux des cordons conducteurs;
— soit par une inversion des cordons;
— soit par un oubli et le fait qu'ils n'avaient pas été fixés au point convenable;
— soit, enfin, par le fait que le cordon se serait détaché pendant la préparation de l'opérée: il s'agissait bien, alors, d'un de ces actes préparatoires chevauchant sur l'exécution.

Or, le type et le modèle de l'appareil utilisé ne pouvaient être incriminés; son fonctionnement et son débit étaient parfaitement normaux; donc, les brûlures avaient été provoquées par une différence de potentiel entre l'électrode indifférente et la table d'opération due à un branchement défectueux des conducteurs par l'infirmière de l'hôpital commandant le poste».

Ne tenant pas compte du fait que ce branchement est effectué avant l'arrivée du chirurgien dans la salle d'opération, le Tribunal civil de la Seine, le 21 avril 1953 (291), mit l'accident entièrement à la charge du praticien estimant qu'il s'agissait d'un acte accompli par des préposés occasionnels du chirurgien, seul qualifié, à ce moment, pour leur donner des ordres. Le jugement précisait qu'avant d'ordonner la fermeture du circuit électrique pour les quelques secondes du temps de l'opération, le chirurgien aurait dû:

1) vérifier l'état du branchement mis à sa disposition;
2) veiller à ce que l'isolement de l'opérée soit complet, un électro-radiologiste devant «toujours prévoir qu'un branchement électrique peut être défectueux».

C'était mettre implicitement la responsabilité de tous les actes préparatoires, ou presque, à la charge exclusive du chirurgien, ce qui est manifestement excessif (292).

La Cour d'Appel de Paris, le 15 juin 1954 (293), réforma à juste titre le jugement de première instance et partagea par moitié la responsabilité entre la clini-

(291) JCP 1953 II 7631.
Voir aussi KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 814-816.
(292) Cf., supra, section 6, litt. B.
(293) JCP 1954.11.8223.
Cf. aussi, Cour d'Appel de Nîmes, 15 mai 1964, arrêt cité par BRUNHES, pp. 62-63: «La Cour a partagé la responsabilité entre la clinique et le chirurgien qui, lors d'une opération, avait dû faire transporter l'opérée du deuxième étage d'une clinique à l'étage inférieur parce que le bistouri électrique de la première salle ne fonctionnait pas. La malade ayant été brûlée lors de l'intervention, la responsabilité fut partagée à raison de 3/4 à la charge du chirurgien qui, compte tenu des circonstances, n'avait pu, sans commettre une faute, ne pas remarquer que «les mâchoires du mors du conducteur ne serraient pas suffisamment» et de 1/4 à la charge de la clinique pour mauvaise réparation des appareils par les infirmières ses préposées.»
Voir encore Trib.Gd.Inst. Marseille, 3 mars 1959 JCP 1959 II 11118, note R. SAVATIER.

que, qui devait tenir l'appareil prêt, en parfait état de fonctionnement et qui était la commettante de l'infirmière qui l'avait mal branché, et le chirurgien qui s'en était servi sans procéder à une vérification, « à ce dernier coup d'œil de contrôle du chef qui va donner le signal d'une action d'ensemble ». Les motifs invoqués par la Cour d'Appel méritent d'être rapportés ici:

> « Attendu que la mise en état préalable des appareils électriques incombe à la clinique, responsable des fautes commises par ses préposés; que tenue contractuellement à l'égard de la demoiselle C..., à qui la salle d'opération était louée ainsi qu'il résulte d'une note présentée par l'hôpital Y..., elle doit répondre non seulement de l'inexécution provenant de son propre fait, mais de celle résultant du fait des personnes qu'elle avait chargées d'exécuter à sa place; que, lors de la préparation des appareils effectuée avant l'arrivée du chirurgien, les infirmières ne pouvaient être que sous la dépendance de la clinique; qu'ainsi, la faute de l'infirmière qui effectua le branchement défectueux étant démontrée, la responsabilité de l'hôpital Y... se trouve engagée sans qu'il soit nécessaire de rechercher s'il existait à sa charge une obligation déterminée à l'égard de sa cliente;
> Considérant que le Dr X... avait l'obligation, avant de pratiquer son intervention, de vérifier lui-même si les appareils n'étaient pas susceptibles de causer un accident à un malade anesthésié; qu'en effectuant une section-coagulation sans cette vérification préalable, il a également commis une faute; que la faute de l'infirmière comme celle du chirurgien ont concouru à réaliser l'entier dommage (294). »

4) L'*anesthésiste* doit, à la réception d'un appareil, procéder à des essais pour vérifier son bon fonctionnement, l'état de marche conforme aux indications du fabricant et pour apprendre à s'en servir. En outre, il est indispensable que l'anesthésiste soit renseigné sur la nature de ses instruments et leurs possibilités (295).

(294) KORNPROBST, Resp. du Médecin, pp. 816-817, commente cet arrêt en ces termes: « Fidèle à la doctrine de l'arrêt du 20 mai 1936 et au contrat de soins, la Cour, avec subtilité, aperçoit un double accord de volontés et deux conventions séparées, sans lien entre elles, l'une entre l'hôpital et le malade, l'autre entre cette dernière et le chirurgien, ce qui lui permet d'écarter la solidarité passive des deux défendeurs (qui ne se présume pas: art. 1202 code civil, et n'a pas été stipulée), et de ne les condamner qu'in solidum à réparer le préjudice chiffré à 2 200 000 francs. Solution équitable et satisfaisante qui constitue cependant plus un point d'arrivée qu'un point de départ et dont il ne faudrait pas, à notre avis, prendre prétexte pour systématiser la recherche, l'analyse et le dosage des responsabilités encourues en matière de technique opératoire. Il ne faut pas créer la tentation d'une « débandade » générale (qu'on nous permette ce terme familier) devant les responsabilités d'un accident survenu au cours d'une opération chirurgicale. »

Du même auteur, le Contrat de soins, N° 348: « Il n'y a guère qu'en ce qui concerne la fourniture et le mauvais fonctionnement éventuel d'un bistouri électrique que, pour trouver une solution satisfaisante et équitable, on admet une certaine interférence des services chirurgical et hospitalier, génératrice d'une responsabilité concurrente du chirurgien et de l'établissement propriétaire de l'appareil. »

PHARAON, p. 116, est d'un autre avis: « L'équité de cette arrêt est à nos yeux discutable. La responsabilité du chirurgien opérant pour le compte d'une clinique ne doit pas dépasser les limites de sa faute personnelle. Or, c'est à la clinique de s'assurer de l'état des appareils qu'elle met à la disposition du chirurgien et non pas à celui-ci de s'en occuper surtout lorsqu'il s'agit d'instruments compliqués et demandant un examen minutieux. »

(295) FROGE, pp. 134-136 qui ajoute (p. 137) que l'anesthésiste doit également vérifier l'étanchéité et le bon fonctionnement du circuit (ballon, valves, raccords, etc.).

HERMAN, p. 10.

D) **La responsabilité du radiologue** (296)

La radiothérapie occupe actuellement en médecine une place aussi importante que la thérapeutique classique. Les accidents causés par l'emploi de rayons X, notamment des radiodermites, ont posé aux tribunaux des problèmes particuliers, « tenant à la date parfois tardive de leur survenue et au fait qu'ils résultaient d'appareils dont les dangers étaient encore mal maîtrisés ». Aussi, la jurisprudence et la doctrine ont-elles été amenées à dégager des règles essentielles que tout radiologue doit observer avant et pendant le traitement (297):

1) Dès lors qu'il applique son traitement consciencieusement, conformément aux règles de l'art et aux données acquises de la science, le radiologue ne répond pas de l'échec du traitement ou du dommage subi par le patient si ce dernier ne peut établir la preuve d'une faute du praticien (298). Les tribunaux refusent, à

(296) Voir, entre autres, René GUEYFFIER, La responsabilité du radiologue, dans Lyon-Médical, 1941, p. 74; Dr. FOVEAU DE COURMELLES, La responsabilité professionnelle des radiologues, dans La Vie Médicale, 10 décembre 1933.

(297) DEROBERT, p. 311; PHARAON, pp. 105-106.

Rappelons que l'art. 1384, par. 1, n'est pas applicable au radiologue selon la jurisprudence française (cf., supra, notes 265-268). Pour que le radiologue soit responsable d'un dommage causé par ses appareils ou par un produit, il faut que la victime apporte la preuve qu'il a commis une faute (DEROBERT, p. 311).

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 890 note que « parler de responsabilité médicale du fait des instruments c'est, en définitive, traiter de la responsabilité des radiologues ». Le même auteur (Le contrat de soins, N° 331) mentionne encore que « les appareils de radiologie et d'électro-radiologie apparurent comme des machines, des mécaniques mues par la main de l'homme qui, telle une automobile, pouvaient lui échapper ou, du moins, avoir une action, produire des effets qu'il n'avait ni voulus, ni prévus, se soustraire, par conséquent à sa garde caractérisée par les trois éléments qui, en droit, la définissent: usage, contrôle, direction. »

(298) Trib. Nantes, 20 janvier 1925; Trib. Marseille, 5 mai 1930; Cour d'Appel d'Aix, 16 juillet 1931; Cour d'Appel de Rennes, 14 novembre 1934, Gaz.Pal. 1935.1.104; Cour d'Appel de Rennes, 5 décembre 1935, Gaz.Pal. 1936.1.257; Cass.Req. 15 juin et 1er juillet 1937, S.1938.1.5, Gaz.Pal. 1937.2.411; Cass.civ. 27 juin 1939, JCP 40 II 1438; Cass.civ. 27 mai 1940, Gaz.Pal. 40.2.81.

Cour d'Appel Bordeaux, 31 octobre 1938, D.H. 1939.28: « Un médecin ne saurait être déclaré responsable de la radiodermite dont est atteinte l'une de ses clientes à la suite d'un traitement, dès lors que la preuve n'est pas rapportée qu'il a manqué à l'obligation contractuelle de faire ce qui était possible pour essayer de guérir la malade ».

MALHERBE, p. 82, note 9, remarque que « la radiodermite ne peut en soi faire présumer une faute du médecin traitant et ce, soit en raison des sensibilités exceptionnelles de certains patients qui les font réagir à un rayonnement local, soit en raison d'un déplacement intempestif du sujet traité ».

La Cour d'Appel de Nîmes, le 19 octobre 1964 (Gaz.Pal. 1965 I 80) a rejeté en ces termes l'action d'un patient victime d'un accident au cours d'une cholangiographie:

> ...« Attendu que le produit est employé dans de nombreux pays (voir revue médicale allemande du dossier X...), que son efficacité est certaine, que les complications mortelles sont extrêmement rares (1 cas sur 300000) et que les accidents ne sont pas supérieurs à ceux qui interviennent au cours des urographies (voir revue allemande);
> Attendu que le docteur X... a procédé à l'injection conformément à la technique habituelle (sujet à jeûn, position couchée, injection lente: 5 minutes environ) qu'il a même pris les précautions, probablement en l'état de l'appréhension manifestée par son client, de commencer par injecter 1 cm^3, puis de s'arrêter pendant 20 secondes; que le malade n'ayant manifesté aucun trouble, il a terminé l'injection;
> Attendu que l'injection a donc été faite selon les règles de l'art; que l'accident qui s'est produit est rarissime et exceptionnel; qu'il a peut-être été dû, simple hypothèse au demeurant, à une hypersensibilité du sujet à l'iode qu'aucun test ne permet de déceler à coup sûr; qu'il est donc le résultat d'une imprévisible complication dont aucune technique, aucune précaution ne pouvait mettre le malade à l'abri. (...)

juste titre, de s'immiscer dans des questions scientifiques controversées concernant l'opportunité ou la valeur curative d'un traitement radiologique mis en cause (299).

Cependant, tenant compte que la radiologie, dans son ensemble, a connu, aussi bien dans le domaine des connaissances théoriques que sur le plan des applications pratiques, des progrès considérables, la jurisprudence considère qu'il n'est pas permis à un praticien de les ignorer ou d'en méconnaître les dangers et les limites (300).

Les tribunaux ont ainsi sanctionné « l'application d'une technique abandonnée depuis longtemps ou réservée à des cas spéciaux (301), l'absence de précautions élémentaires tant au regard du malade lui-même, d'ailleurs, qu'au regard de personnes préposées au maniement des appareils » (302).

2) « Le radiologue doit faire preuve de prudence et de circonspection. Le plus souvent il effectue des actes de diagnostic et de traitement qu'il n'a pas lui-même prescrits; il n'est alors pas tenu responsable d'une erreur de diagnostic, sous réserve qu'il ait fourni des clichés corrects, *lisibles* (303). L'erreur de lecture ou d'interprétation d'un cliché correct incombe au médecin traitant, qui devrait d'ailleurs en présence d'un cliché défectueux, demander une nouvelle épreuve (304). »

> Attendu que P... n'avait aucune maladie constituant une contre-indication (exzéma, etc.); que sa veuve a reproché au docteur X... de ne pas l'avoir interrogé pour savoir s'il avait une prédisposition aux manifestations allergiques; qu'à supposer que le médecin ait négligé de procéder à cet interrogatoire, cet oubli aurait été sans importance; qu'en effet P... qui était sain et robuste (voir rapport des experts), n'aurait pu révéler aucune maladie de nature à faire renoncer le médecin à procéder à l'injection; qu'ainsi que l'ont indiqué les experts, rien ne faisait prévoir une mauvaise tolérance du produit. »

(299) KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 333; cf. aussi, supra, 1re partie, chap. IX, section 7, litt. B.

(300) Ibid., N° 336.

(301) Cour d'Appel de Rennes, 15 mai 1933, Gaz.Pal. 1933.2.619; Cass.Req. 3 juillet 1945, D.1946.J.53.

(302) Cour d'Appel de Douai, 13 octobre 1913, D.1915.2.47 (auxiliaire inexpérimentée brûlée par des rayons X lors du maniement d'un appareil radiologique: clinique condamnée); Cour d'Appel de Lyon, 27 mai 1936, Gaz.Pal. 1936.2.428 (non revêtement de gants de caoutchouc par le malade); Cass.Req. 29 octobre 1946, Gaz.Pal. 1947.1.57 (oubli de la mise en place des filtres de l'appareil de rayons X).

KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 336: « Il n'est plus permis d'ignorer le fait, par exemple, que les applications de rayons X à haute dose sont interdits aux femmes enceintes comme susceptibles de causer au fœtus des lésions permanentes. »

(303) DEROBERT, p. 312: Il s'agit d'une obligation de résultat comparable à celle qu'ont les laboratoires d'analyses de fournir des résultats exacts.

KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 200: Si l'examen est pratiqué à la demande du médecin traitant ou d'un chirurgien par un radiographe dont le rôle ne dépasse pas alors celui d'un superphotographe, ce dernier n'est tenu qu'à fournir une épreuve parfaite, nette, « parlante » selon le langage des spécialistes.

Cass.civ. 2 mars 1939, Gaz.Pal. 1939.1.872 et Cass.civ. 3 avril 1939, D.H. 1939.337: « Les médecins radiographes chargés d'établir des images d'organes, doivent fournir à leur clientèle des résultats corrects. Ils les garantissent. Il est donc logique de les rendre de plein droit responsables de l'incorrection de ces résultats, qu'elle tienne d'ailleurs à eux-mêmes ou aux défauts de leurs appareils ».

SAVATIER, Traité, pp. 268-269.

(304) DEROBERT, p. 312; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 200.

Cependant, le radiologue n'est pas un simple exécutant des prescriptions du médecin traitant. Médecin lui-même, il a le devoir, en face d'un examen ou d'un traitement non dénué de dangers, de s'assurer du bien-fondé de l'indication, ce qui lui donne le droit de refuser de pratiquer l'acte demandé si une contre-indication majeure lui apparaît (305).

3) Les tribunaux se montrent exigeants envers le radiologue malgré la difficulté de son art. Celui-ci doit procéder au traitement avec prudence et sa faute sera appréciée avec beaucoup de sévérité vu qu'il est un *spécialiste* (306).

4) L'emploi d'appareils défectueux, en mauvais état, vétustes, susceptibles d'émettre des radiations nocives, engage la responsabilité du radiologue (307). La jurisprudence exige que les appareils de radiologie soient minutieusement étalonnés et régulièrement vérifiés au même titre que les véhicules automobiles (308).

(305) DEROBERT, p. 312.

(306) PHARAON, pp. 106 et 129 qui ajoute encore qu'«en effet, étant soigné par un spécialiste, le malade et les autres hommes de l'art attendent de lui, non seulement plus de savoir dans sa propre branche de spécialisation, mais aussi plus d'intuition, d'attention et de précision que d'un non-spécialiste».

SAVATIER, Traité, p. 24 et p. 268, notes 157 et 158.

KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 201: «Certes, la qualification officielle des principales spécialités médicales requiert de ceux qui possèdent les connaissances de l'une ou l'autre de ces spécialités plus de sûreté et moins d'erreur; elle doit inciter, à l'inverse, ceux qui ne les ont pas acquises à la prudence et à la circonspection; ils ne doivent pas s'aventurer seuls, sauf urgence, dans l'examen d'un cas difficile relevant de l'une de ces spécialités.»

Trib. Saint-Afrique, 18 juillet 1933, Gaz.Pal. 1933.2.864; Cass.civ. 3 avril 1939 S.1939.1.166.

JdT 1928 I 586: «S'agissant d'un spécialiste, le malade est en droit d'attendre une diligence spéciale et d'admettre qu'il présente toutes garanties pour un traitement correct; la plus grande diligence est en particulier requise pour l'application intensive des rayons X...»

(307) KORNPROBST, Resp du médecin, pp. 895 et 905; du même auteur, Le contrat de soins, N° 332; PHARAON, p. 107; THELIN pp. 76 ss.

Cass.Req. 3 juillet 1945, D.1946.53.

Cass.civ. 18 juin 1960, JCP 1960 II 11787, note R. SAVATIER (radiodermite consécutive à un traitement par rayons X: défaillance de l'appareil):

> «Attendu qu'il est encore soutenu que la Cour d'Appel aurait faussé le sens et la portée du rapport d'expertise sur lequel elle a fondé sa décision, en admettant comme constant ce que, dans ce rapport, les experts n'avaient envisagé que comme une hypothèse; mais attendu que si les experts, après avoir écarté toutes les causes de l'accident pouvant résulter d'une faute de l'opérateur ou d'une position défectueuse du patient et examiné la possibilité d'une fuite des rayons à travers l'appareil localisateur, ont conclu que «l'hypothèse la plus plausible» consistait dans le desserrage de la vis d'un volet, au cours de la séance, par suite de vibrations, ce qui avait entraîné le glissement du volet et permis le passage des rayons, au-delà de la cache de plomb, ils n'en ont pas moins affirmé que les lésions survenues à F... relevaient «d'une «défaillance de l'appareillage»; que la Cour d'Appel faisant précisément état de cette «défaillance» de l'appareil, était fondée à en rechercher la cause et à la trouver dans le desserrage de la vis de l'un des volets de cet appareil, et à déduire que cet incident n'avait pu se produire que parce que l'opérateur n'avait pas suffisamment serré ladite vis ou bien n'avait pas pris garde à ce qu'elle avait du jeu, ou bien encore avait, au moment du centrage, mal assujetti le volet, toutes hypothèses constituant une faute du praticien; qu'ainsi et contrairement aux allégations du pourvoi, la Cour d'Appel n'a nullement dénaturé le sens et la portée du rapport d'expert susvisé, ni interverti la charge de la preuve et que, par suite, le moyen ne saurait être accueilli.»

(308) Cass.civ. 13 juillet 1949, D.1949.423; Trib. admin. de Versailles, 16 mars 1956, Gaz.Pal. 1956.2.16.

5) Il n'est pas suffisant que les appareils soient en bon état de fonctionnement, le radiologue doit, en outre, et avant d'entreprendre aucun traitement, examiner son malade afin de déterminer la durée pendant laquelle il peut l'exposer à la radiation (309).

Au cours des nombreux procès engagés contre des radiologues, apparut une notion pratique de la plus grande importance pour la jurisprudence: *la tolérance de la peau humaine aux radiations actives* (310).

6) La radiothérapie étant un procédé de traitement dangereux, le médecin ne doit y recourir qu'en cas de nécessité ou, tout au moins, lorsqu'il y a proportionnalité entre les risques et le but recherché (311).

(309) PHARAON, p. 107.

(310) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 899; du même auteur, Le contrat de soins, N° 334, qui ajoute: « D'assez nombreuses expériences avaient, en effet, révélé qu'il existe une tolérance minima au-delà de laquelle l'opérateur ne peut s'avancer qu'en s'entourant des plus prudentes garanties; dans presque toutes les décisions rendues depuis trente ans, la question a été posée et résolue par l'affirmative ou la négative suivant que la responsabilité du praticien était ou non retenue, et cela demeure sans doute le critérium essentiel en la matière, le point sur lequel, par conséquent, il importe de diriger l'expertise et de recueillir l'avis des spécialistes compétents. »

Trib. civ. Bordeaux, 11 juillet 1933, Gaz.Pal. 1933.2.615:

> « Attendu que, bien qu'il soit difficile de déterminer d'une façon sûre la tolérance de la peau d'un sujet à l'application de rayons X, il apparaît que le Dr R... n'a aucunement tenu compte de la fragilité spéciale de la peau d'un enfant qui n'avait alors que dix-huit mois...; que ce très jeune âge imposait une prudence dans l'application qui n'a point été mise en œuvre. »

« Quantité de rayons X dépassant la limite de la tolérance », telle est la formule adoptée par de nombreux arrêts: Trib.civ. de Morlaix, 17 mai 1933, Gaz.Pal. 1933.2.257; Trib.civ. de la Seine, 17 février 1933, Gaz.Pal. 1933.1.734; Cour d'Appel de Lyon, 19 mars 1935, Gaz.Pal. 1935.1.915; Cass.civ. 27 juin 1939, S. 1940.1.73, note MOREL; Cour d'Appel de Bordeaux, 9 décembre 1943, S.Chr. 1944.35; Trib.civ. de Lille, 30 janvier 1952, Gaz.Pal. 1952.1.216.

Encore faut-il que la chose soit établie et que la solution ne résulte ni d'une analogie, ni d'une simple probabilité, ni même d'une déduction apparemment logique (Cass.civ. 13 juillet 1949, D.1949.423).

Mais, dès l'instant où l'intolérance est évidente, contrôlable, la responsabilité est, en principe, engagée, même plusieurs années après (Cf. Angers, 19 janvier 1955, JCP 1955.11.8531; Cass.civ. 3 avril 1949 et 27 juin 1949, JCP 1940.11.438, note DALLANT; Cass.civ. 13 juillet 1949, JCP 1950.11.5716, note J. BRUNET; Cass. Req. 3 juillet 1945, D.1946.43; Cass.Req 29 octobre 1946, Gaz.Pal. 1947.1.57.

(311) ABEL Bernard, La responsabilité civile des médecins, thèse Nancy 1936, p. 190.

Cass.civ. 20 novembre 1920, D.P. 1924.1.103; Cour d'Appel de Lyon, 27 mai 1936, D.H. 1936.465.

Trib.civ. de Lille, 30 janvier 1952, Gaz.Pal. 1952.1.216:

> « Si le médecin ne commet, en principe, aucune faute en appliquant à des verrues plantaires un traitement radiothérapique, considéré comme classique en l'état de la pratique médicale, il en est autrement et la responsabilité du médecin doit être retenue lorsqu'il applique un tel traitement dont il ne pouvait ignorer les dangers, à une affection aussi bénigne que de simples cors, qu'il procède à des applications répétées et trop rapprochées, alors que les auteurs semblent s'orienter vers une seule application par lésion, et qu'il n'avertit pas sa cliente de la précarité de sa guérison et de la nécessité d'éviter avec soin tout traumatisme de la région atteinte. »

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 904: « La jurisprudence la plus récente, tout en prenant prétexte des perfectionnements et des données acquises en la matière pour se montrer ferme sur

7) Dans les limites du possible, le radiologue ne doit pas confier l'administration de la thérapeutique à un auxiliaire, surtout s'il n'est pas qualifié (312) et encore moins se fier au contrôle exercé par le malade qui n'est qu'un profane en la matière (313).

8) Il doit en outre surveiller, au cours du traitement, l'action des rayons X sur l'organisme, les diminuer ou les supprimer, lorsque la moindre brûlure se manifeste. Le radiologue ne doit pas se fier entièrement au contrôle exercé par les appareils (314).

Section 15. Les erreurs lors de transfusions de sang (315)

A) **Généralités**

L'accident d'incompatibilité ABO dû à une erreur de groupages sanguins, d'étiquetage ou de confusion de flacons et la transmission de maladies (syphilis, hépatite, malaria, etc...) constituent les deux préjudices les plus graves et les plus fréquents que peut subir un patient à la suite d'une transfusion de sang (316).

La plupart du temps, le sang nécessaire aux malades est fourni par un *centre de transfusions* « chargé de la collecte, du prélèvement du sang du donneur après enquête préalable, de la vérification du groupe, de l'enregistrement, de

l'obligation de prudence qu'elle a dès le début formulée — c'est normal — donne à ses solutions une rigueur inversément proportionnelle aux difficultés à vaincre et à la complexité des problèmes à résoudre. »

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 902; du même auteur, Le contrat de soins, N° 335: « Encore faut-il y ajouter d'abord un correctif d'importance: s'il est aujourd'hui établi que certains risques peuvent être écartés par les perfectionnements de la technique, les spécialistes savent que les effets les plus salutaires, les résultats de la radiothérapie profonde s'obtiennent à la limite de la tolérance. Et l'on aboutit à un dilemme trop ignoré: ou ne prendre aucun risque et ne pas donner au malade toutes ses chances de guérison, ou aller au-delà, au maximum de la tolérance et risquer, en franchissant la frontière, de provoquer, un accident. »

La pratique d'un examen radioscopique ou d'un traitement radiothérapique inutile constitue une faute grave du radiologue vu le caractère dangereux des rayons X (KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 332; Cass.civ. 27 juin 1939, Gaz.Pal. 1940.1.98).

(312) Cour d'Appel de Douai, 13 octobre 1913, D.P. 1915.2.47; PHARAON, p. 129.

(313) Cour d'Appel de Rennes, 3 mars 1930, Gaz.Pal. 1930.1.61; PHARAON, p. 129.

Engagea également sa responsabilité le radiologue qui avait cédé à la demande de la malade de modifier sa position incommode mais dont il en est résulté de la radiodermite sur le visage (Cour d'Appel de Grenoble, 23 octobre 1928, arrêt rapporté par J. MAZEN, Essai sur la responsabilité civile des médecins, thèse Grenoble 1937, p. 180).

Bordeaux, 7 juin 1933, Gaz.Pal. 1933.2.615: Responsabilité retenue d'un radiologue qui n'avait pas pris les précautions nécessaires pour prévenir la mobilité excessive d'un jeune enfant et dont il est résulté des brûlures.

(314) Cour d'Appel de Quimper, 30 décembre 1932, cité par PHARAON, p. 108; Cour d'Appel de Rennes, 15 mai 1933, Gaz.Pal. 1933.2.619; Cour d'Appel de Montpellier, 10 mars 1948, Gaz.Pal. 1948.1. somm. 40.

(315) Cf. notamment, KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 743-788; LACHEZE, La transfusion du sang du point de vue juridique, thèse Toulouse 1924; R. SAVATIER, « De sanguine jus », dans D. 1954, Chron, p. 141; P.H. CHAUMIE, « Un arrêt de la Cour de Cassation. A propos de la transfusion sanguine », dans La Presse Médicale, 26 mars 1955, N° 23 (suppl.), p. 106.

(316) DEROBERT, p. 308.

l'établissement d'une étiquette identifiant le flacon, de la conservation du sang» (317).

Un *laboratoire d'analyses* (318) procède au prélèvement du sang du receveur, «aux opérations de groupages, d'enregistrement et à l'établissement d'une carte de groupe du patient» (319). Ce laboratoire est tenu d'une obligation de résultat, les progrès de la science devant permettre au biologiste de garantir l'exactitude des indications qu'il fournit (320).

Le médecin, assisté éventuellement d'auxiliaires médicaux, «procède à l'acte transfusionnel proprement dit qui comprend l'indication, la demande d'établissement ou la vérification de la carte de groupe du malade, la demande de sang isogroupe, la vérification de l'étiquette du flacon, le contrôle de compatibilité, la mise en place correcte de la transfusion et sa surveillance, le dépistage et le traitement des réactions allergiques possibles et enfin le traitement d'urgence d'un accident dès les premiers symptômes alarmants» (321).

L'accident d'incompatibilité ABO (hémolyse) est rare, mais grave, voire mortel, ce qui justifie les précautions indispensables exigées par les tribunaux (322).

Dans la pratique, le médecin qui doit transfuser du sang fait procéder à un contrôle extemporané qui consiste en une *épreuve croisée*, effectuée par le labora-

(317) Ibid., pp. 308-309.

Cass.civ., 17 décembre 1954, JCP 1955 II 8490: Un patient fut contaminé par le sang d'un syphilitique prélevé au cours d'une période cliniquement muette. La Cour de Cassation a estimé que l'obligation du centre national de transfusion de fournir aux transfusés un sang «pur» constituait une obligation de résultat:

> «En constatant, dans des circonstances exclusives de toute responsabilité d'ordre médical, le fait de l'inoculation d'un sang vicié, les juges du fond ont donc établi que le centre n'avait pas fourni la prestation loyale à laquelle le malade était en droit de s'attendre et ont fondé sur la faute ainsi commise le droit de réparation.»

Dans le même sens, voir aussi Cour d'Appel de Paris, 25 avril 1945, D.1946.91, note A. TUNC; Cour d'Appel de Paris, 26 avril 1948, D.1948.272.

(318) Rattaché soit à la clinique où le receveur sera opéré, soit au centre de transfusion, soit encore au cabinet médical du médecin-traitant ou du chirurgien qui s'occupe du patient.

(319) DEROBERT, p. 308.

(320) BRUNHES, p. 180; MALHERBE, p. 84, notes 13 et 14; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 142 et 779; du même auteur, Le contrat de soins, N° 18; SAVATIER, Traité, pp. 268, notes 156 et 181 et p. 296, note 62; LOMBARD, p. 54.

Cf. aussi, supra, 1re partie, chap. VII, notes 156 et 157.

L'erreur de détermination du groupe est considérée comme une faute inexcusable engageant la responsabilité de celui qui la commet. Il s'agit d'une analyse de laboratoire, utilisant des techniques répondant à des normes précises, qui engendre, selon la jurisprudence, une obligation de résultat à la charge du laboratoire (DE VILLE DE GOYET, p. 31; L. RENE, «Problèmes médico-légaux posés par la transfusion sanguine», dans Cahiers d'Anesthésiologie, tome 23, N° 6, 1975, p. 666).

(321) DEROBERT, p. 308; HERMAN, p. 8.

(322) DE VILLE DE GOYET, p. 31.

L. RENE, op.cit., note 322, p. 667: «Dix fois, la faute se produit lors de l'installation de la transfusion. Chaque fois, l'erreur est due à une légèreté accablante: le plus souvent transmission téléphonique ou orale ayant abouti à une erreur de transcription par la standardiste, homonymie de deux malades, légèreté ou fatigue de l'infirmière qui amène à ne pas déceler la discordance entre ce qui est porté sur l'étiquette et ce qui l'est sur la fiche ou sur la carte de groupe. Si une responsabilité est retenue, ce ne peut être que celle du médecin.»

toire, qui doit établir la compatibilité entre le sang du receveur et celui du flacon livré par le centre de transfusions (323). Dans le domaine opératoire, cette épreuve de « compatibilité pré-transfusionnelle » incombe à l'anesthésiste (324); seule l'urgence peut dispenser le médecin d'y procéder (325).

Au cours du processus qui aboutit finalement à l'acte transfusionnel proprement dit, une erreur peut se produire à trois niveaux:

1) Erreur de groupe sur la carte du malade imputable au laboratoire (faute du biologiste, de la laborantine ou même d'un employé administratif).

2) Erreur du laboratoire lors de l'épreuve croisée.

3) Erreur du médecin — généralement de l'anesthésiste — qui ne contrôle pas la carte du malade, l'étiquette du flacon de sang ou la mention et le résultat de l'épreuve croisée (326).

B) La jurisprudence

1) La Cour d'Appel de Toulouse, le 14 décembre 1959 (327), a déclaré:

> « Dans l'état actuel de l'organisation de certaines cliniques, la responsabilité de l'analyse de sang d'un malade avant transfusion et celle du prélèvement

(323) A l'arrivée du flacon de sang venant du centre de transfusion, il est indispensable de contrôler, de « mettre en contact », le sang du receveur et celui du « tube-pilote » attenant au bocal, afin de s'assurer de leur compatibilité.

(324) Ibid., p. 30; G. DUSCHESNE, « Technique de la transfusion sanguine chez l'adulte », dans Encyclopédie medico-chirurgicale, 36.740, A10, p. 6.

Cf. aussi Cour civile de Bruxelles, 11e Chambre, 12 avril 1963, arrêt cité par DE VILLE DE GOYET, p. 30:

> « Attendu qu'il est constant qu'avant de commencer la transfusion sanguine, le Dr X... n'a pas procédé à l'épreuve de compatibilité entre le sang de la malade qui allait être opérée et celui du « baxter »...
> Attendu que, dans la pratique de la transfusion sanguine, pareille épreuve est généralisée et que les trois médecins experts en ont affirmé la nécessité.
> Attendu que l'anesthésiste en ne procédant pas à cette épreuve de compatibilité directe a commis une faute grave d'ordre médical... »

L. RENE, op.cit., note 322, pp. 666-667: « Mais cette obligation de résultat imposée au laboratoire ne dégage nullement la responsabilité du transfuseur. Non seulement, ce que l'on dénomme la fatalité (erreurs d'étiquetage, étiquette illisible à la suite d'une averse, sous laquelle le flacon de sang a été transporté) n'est pas une excuse aux yeux des juges, mais la simple vérification de la carte de groupe sanguin du receveur et de sa concordance avec l'étiquette du flacon n'est pas considérée comme suffisante (...) La mission du transfuseur est de surveiller, dépister, traiter les réactions possibles ainsi que les accidents dès les premiers symptômes alarmants, les juges condamnent conjointement le médecin transfuseur et le biologiste qui a signé la carte de groupe sanguin. »

(325) Et ceci dans l'intérêt du malade qui doit à tout prix être transfusé (DE VILLE DE GOYET, p. 32).

(326) HERMAN, p. 8; L. RENE, op.cit., note 322, p. 667.

DEROBERT, p. 309: « Quant aux accidents d'incompatibilité, la jurisprudence montre une rigueur toute particulière dans l'appréciation des circonstances de leur survenue. Les médecins ont à répondre non seulement de leurs propres fautes mais aussi, et le cas échéant pénalement, de celles des auxiliaires médicaux qu'ils ont sous leurs ordres, fût-ce à titre occasionnel. »

La responsabilité du seul anesthésiste sera mise en cause pour une erreur dans le choix du flacon de sang transfusé par lui-même ou par son auxiliaire. La responsabilité partagée de l'anesthésiste et du laboratoire sera engagée pour les erreurs de groupages du laboratoire qui a remis une carte de groupe erronée.

(327) JCP 1960 II 11402, note R. SAVATIER.

sanguin qui la conditionne sont assumées par la clinique, celle-ci ayant fait appel, sans le concours du patient, à son anesthésiste-réanimateur et ayant choisi elle-même le laboratoire d'analyse où elle avait transporté le flacon de sang à examiner. Il s'ensuit que la clinique assume la responsabilité du travail confié à des exécutants de son choix. Elle répond de l'erreur commise dans les résultats d'une analyse sanguine et cela que l'origine de l'erreur se trouve dans la faute de l'anesthésiste réanimateur qui a fait le prélèvement ou du laboratoire chargé de l'expertise. »

2) En vue d'une opération, un anesthésiste, chargé de la transfusion sanguine, fit procéder par une auxiliaire — qui se révéla ultérieurement n'être titulaire d'aucun diplôme — à la prise de sang et à l'envoi des échantillons au laboratoire en vue du groupage.

L'infirmière préleva du sang sur deux malades différents et, n'ayant pas étiqueté les flacons au moment de chaque prise, elle confondit les prélèvements. Le malade reçut ainsi en cours d'opération du sang d'un groupe incompatible et mourut. Le médecin et l'infirmière furent poursuivis.

Le Tribunal correctionnel de Toulouse, le 11 janvier 1960 (328), condamna l'infirmière à un mois de prison avec sursis et à 200 francs d'amende, en retenant la négligence, l'inattention, l'imprudence grave dont elle avait fait preuve à tous les stades de son activité. Il condamna également le médecin anesthésiste coupable d'inobservation des règlements (absence de contrôle de la compétence de l'infirmière prévue par l'arrêté du 18 juillet 1956) et de défaut d'instruction à cette auxiliaire, constituant une imprudence grave, à deux mois de prison avec sursis et à 1000 francs d'amende. Statuant sur l'action civile en dommages et intérêts, il reconnut le médecin responsable pour deux tiers, et l'infirmière pour un tiers.

La Cour d'Appel de Toulouse, le 7 juillet 1960 (329), confirma la condamnation pénale de l'auxiliaire, mais relaxa l'anesthésiste. En revanche, la seule responsabilité civile du médecin fut retenue — ce que confirma la Cour de Cassation criminelle dans son arrêt du 16 mai 1961 (330) — par la Cour d'Appel :

« Attendu que *la prise de sang faite pour la recherche du groupe sanguin d'un malade, en vue d'une transfusion, est un acte préparatoire à cette transfusion et relève de la responsabilité du médecin anesthésiste-réanimateur,* lorsque celui-ci ne s'en est pas déchargé sur un autre médecin... »

3) Dans un cas de transfusion de sang pratiquée durant une opération par une infirmière aide-anesthésiste, cas dont nous avons déjà parlé (331), le Tribunal correctionnel de Châlons-sur-Marne, le 8 juin 1966 (332), a condamné conjointement le médecin et l'infirmière à six mois de prison chacun, avec sursis, et res-

(328) JCP 1960 II 11591, note R. SAVATIER.
Nous avons déjà rapporté en détail cette affaire, supra, pp. 401-403 et 418-419.
(329) JCP 1960 II 11871, note R. SAVATIER.
(330) JCP 1961 II 12315, note R. SAVATIER.
(331) Cf., supra, pp. 420-423.
(332) Arrêt non publié cité par DEROBERT, pp. 309-310.

pectivement à Fr. 3000.— et Fr. 500.— d'amende, estimant que «l'infirmière avait les connaissances nécessaires pour procéder à une vérification attentive et prévoir les conséquences d'une erreur transfusionnelle et que le médecin-anesthésiste, bien qu'absorbé par la surveillance de l'opéré, avait gravement failli à son obligation de surveillance des actes accomplis sous sa direction immédiate et sa responsabilité par l'auxiliaire médicale» (333).

> « Attendu que l'erreur transfusionnelle apparaît comme l'unique cause de la mort de la dame T..., ce que les prévenus, dans leurs déclarations personnelles, n'ont jamais osé contester (...)
> Attendu que le docteur V... soutient qu'absorbé par la surveillance de l'opérée, il n'avait pas à contrôler personnellement la mise en place des flacons de sang utilisés pour la perfusion, tâche qui incombait à l'infirmière aide-anesthésiste spécialement qualifiée; qu'au surplus, selon lui, il pouvait surveiller efficacement la perfusion en se contentant de suivre les mentions portées au fur et à mesure sur la feuille d'anesthésie; (...)
> Attendu que *le simple bon sens se refuse à admettre qu'un médecin-anesthésiste se dispense de jeter, ne fût-ce qu'un coup d'œil, à chacun des flacons de sang utilisés pour la perfusion qu'il dirige; qu'en l'espèce, la négligence et l'inattention du docteur V... sont d'autant moins concevables qu'il a tenu entre ses mains le premier flacon nocif; que, de toute évidence il était en outre de son devoir, avant que la patiente ne soit transportée hors du bloc opératoire, de s'assurer que la perfusion se poursuivait normalement;*
> Attendu que, sur le plan de la technique médicale, les experts estiment à bon droit que le processus normal des opérations de transfusion comportait un contrôle, en salle d'opération, du travail de la demoiselle R...; qu'à l'audience le docteur F... a précisé que *ce contrôle incombait au docteur Y...* qui ne l'a pas exercé;
> Attendu que, sur le plan juridique, *s'il est de pratique courante que les praticiens s'en remettent à leurs aides ou à leurs infirmiers, ils ne peuvent le faire qu'à leurs risques et périls; qu'ils sont, en effet, personnellement astreints à la surveillance des actes accomplis sous leur direction immédiate pendant l'intervention par le personnel placé sous leurs ordres et commettent une faute engageant leur responsabilité pénale, dès lors qu'ils n'exercent pas cette surveillance avec toute l'attention nécessaire;*
> Attendu qu'il est certain non seulement que le docteur Y... a gravement failli à son obligation de surveillance des actes accomplis sous sa direction immédiate par la demoiselle R... mais encore qu'en cours d'opération, et au moment où la patiente a quitté le bloc opératoire, il a négligé des vérifications qui lui incombaient personnellement. »

4) Au mois d'août 1964, une jeune femme était admise dans une clinique pour y subir une césarienne; après la naissance de l'enfant, une transfusion fut effectuée, conforme à l'indication de la carte de groupe A facteur Rhésus positif. Or, la malade appartenait au groupe O et elle mourut quelques jours après. L'erreur avait été commise par la secrétaire du médecin-biologiste dans le laboratoire duquel la victime et son mari avaient fait établir leurs cartes d'identité sanguine au cours d'une visite prénuptiale: la carte de la femme portait le groupe du

(333) L. RENE, op.cit. (à la note 320), p. 668.

mari et réciproquement. Le médecin-biologiste, sa secrétaire et le médecin anesthésiste qui avait procédé à la transfusion furent prévenus d'homicide par imprudence. Au premier, il fut reproché d'avoir délivré une carte de groupe sanguin sous son autorité sans s'être assuré qu'elle était conforme aux résultats qu'il av ait obtenus et consignés sur son livre, qu'ainsi il avait commis une faute personnelle d'inattention. L'erreur matérielle de transcription commise par la secrétaire fut qualifiée *d'inattention grossière*.

Il faut souligner que le tribunal considéra qu'il y avait une relation directe de cause à effet entre ces fautes et le sort de la victime. Contre le médecin anesthésiste, il fut retenu d'avoir commis des négligences, d'une part en ne s'assurant pas préalablement avec certitude de la réalité du groupe sanguin de l'opérée, soit par un test de compatibilité soit, vu l'absence d'urgence, par une nouvelle analyse, et d'autre part en ne révélant pas ultérieurement au médecin-biologiste l'importance des transfusions effectuées, ne permettant pas ainsi à ce dernier de lui donner, en toute connaissance de cause, les renseignements qu'il lui demandait.

Le Tribunal correctionnel de Grasse, le 6 juillet 1966 (334), condamna l'anesthésiste à six mois d'emprisonnement et à 2000 F d'amende, le biologiste à quatre mois d'emprisonnement et à 2000 F d'amende et la secrétaire à un mois d'emprisonnement et 300 F d'amende, les peines de prison étant assorties du sursis.

En réparation du préjudice moral et matériel subi par l'enfant, les dommages-intérêts furent fixés à 50 000 F.

La Cour d'Aix, en appel, le 18 novembre 1966 (335), relaxa la secrétaire, mais confirma la culpabilité des deux médecins, portant l'amende de chacun à 3000 F et le montant des dommages-intérêts à 150 000 F.

Section 16. Le partage des responsabilités à raison de l'acte opératoire selon la pratique des assurances françaises

Les compagnies françaises d'assurances spécialisées dans la couverture du risque médical ont conclu en 1964 un accord relatif au partage des responsabilités à raison de l'acte opératoire entre le chirurgien, l'anesthésiste et la clinique lorsqu'un patient, victime d'un dommage, doit être indemnisé.

Cette convention devait permettre, aux yeux de ces compagnies, de simplifier un problème très complexe et d'éviter d'importants litiges en établissant quelques règles essentielles. Ce protocole d'accord n'a évidemment aucune

(334) Arrêt non publié cité par DEROBERT, p. 310 et HERMAN, p. 8.

(335) DEROBERT, p. 310 et HERMAN, p. 8. Ces deux auteurs notent que dans ces deux affaires, le chirurgien qui opérait est demeuré hors de cause, les tribunaux ayant admis qu'au sein d'une équipe chirurgicale la discrimination des responsabilités encourues doit être faite et qu'en particulier lorsque le chirurgien est assisté d'un anesthésiste réanimateur diplômé, seul ce dernier répond, le cas échéant, des accidents de transfusion.

valeur légale, mais il fixe une ligne de conduite cohérente et une attitude commune chaque fois qu'une transaction amiable est possible entre l'auteur du dommage et le lésé.

Il nous a paru intéressant de rapporter in extenso cette convention (336), à titre indicatif.

« Il convient d'attribuer la responsabilité des actes suivants :

1) **Au médecin anesthésiste-réanimateur**

— prescription des examens pré-opératoires non spécifiques (examen cardio-vasculaire, examen pulmonaire, urée sanguine, glycémie, temps de saignement, temps de coagulation) ;
— prescriptions médicamenteuses préparant l'anesthésie ;
— installation du malade sur la table d'opération ;
— l'anesthésie proprement dite ;
— perfusion-transfusion et groupage ;
— tous les actes de réanimation ;
— la surveillance directe du malade jusqu'au réveil anesthésique.

2) **Au chirurgien**

— quand il y a un médecin anesthésiste-réanimateur : les examens pré-opératoires spécifiques, l'intervention et ses suites directes ;
— quand il n'y a pas de médecin anesthésiste-réanimateur : ses responsabilités, plus celles du médecin anesthésiste-réanimateur ;
— quand le médecin anesthésiste-réanimateur n'a pas effectué lui-même les examens pré-opératoires, le chirurgien peut être rendu civilement responsable de la faute de l'anesthésiste. Cette responsabilité ne supprime pas la responsabilité personnelle de l'anesthésiste. Les sociétés conviennent de se concerter pour déterminer le partage des responsabilités éventuelles.

3) **A la clinique**

— le matériel (en dehors de faute de son utilisation) ;
— l'exécution des examens et des prescriptions médicamenteuses précédant et suivant l'intervention ;
— la surveillance de l'opéré après le réveil anesthésique, notamment les soins généraux ;
— la mise en place des bouillottes ;
— la surveillance des perfusions et des transfusions ;
— l'exécution des prescriptions médicales ;
— la surveillance des prothèses (dentaires...). »

(336) Cf. DEROBERT, p. 308 ; HERMAN, p. 7 ; FROGE, pp. 47 et 72 ; ouvrage collectif ORL, pp. 147-148.

Un tel accord n'existe pas entre les grandes compagnies d'assurances en Suisse, du moins sous une forme écrite si précise.

Section 17. « Le seuil de sécurité »

En principe, le médecin répond seul des conditions dans lesquelles il pratique son art (337). C'est notamment au praticien qu'incombe l'obligation de s'entourer de toutes les précautions nécessaires, de veiller que le matériel, les instruments et les appareils de la clinique où il opère soient en nombre et en qualité suffisants et que les moyens mis en œuvre assurent les conditions de sécurité requises par la maladie du patient hospitalisé, par le type d'opération envisagée et par les soins qu'elles exigent (338).

Sous peine d'engager sa responsabilité, un chirurgien sérieux et consciencieux n'entreprendra pas n'importe quelle opération en clinique privée. En effet, seul un hôpital universitaire ou une clinique hautement spécialisée peuvent offrir l'équipement, l'organisation, l'infrastructure, les installations techniques à la

(337) Cf., par exemple, l'art. 4 du Code français de déontologie médicale: « En aucun cas le médecin ne doit exercer sa profession dans des conditions qui puissent compromettre la qualité des soins et des actes médicaux. »

(338) Voir l'art. 15 du même code: « Le médecin doit exercer sa profession dans des conditions lui permettant l'usage régulier d'une installation et des moyens techniques nécessaires à son art. »

Cf. également Cass.civ., 17 février 1959, Gaz.Pal. 1959.I.245:

> « Les juges du fond écartent à bon droit la responsabilité du médecin à la suite du décès d'un malade après une anesthésie générale pratiquée dans son cabinet à la campagne avec l'aide d'un préparateur en pharmacie, dès lors qu'ils relèvent que les risques eussent été moindres en milieu hospitalier doté d'un service de réanimation mais que l'hôpital le plus proche ne possédait pas un tel service, qu'il était, au surplus distant de 20 km et qu'il y avait urgence, d'autre part, qu'il subsiste un doute sur le lien de causalité entre l'anesthésie et le décès, enfin que l'anesthésie au chlorure d'éthyle était indiquée, qu'elle comporte, comme toute anesthésie, des risques de mort et que le préparateur en pharmacie a joué un rôle mineur, n'agissant que sous le contrôle direct du praticien qui avait commencé seul l'anesthésie. »

Le Tribunal correctionnel du Mans a condamné, le 13 février 1973 (jugement cité par BOYER CHAMMARD, p. 153) un gynécologue à réparer les conséquences civiles de sa faute qui consistait pour une large part à « avoir employé systématiquement une méthode dite d'accouchement dirigé dans le cadre d'une organisation n'offrant pas toutes les garanties que requérait la technique particulière de cette méthode ». C'est à bon droit que les magistrats estiment, dans une telle affaire, que la méthode employée par le praticien ayant des indications précises « ne doit être appliquée qu'avec l'aide d'un personnel qualifié sous la surveillance permanente d'un médecin dont la présence constante est nécessaire ». Dans la même affaire, les magistrats ont relevé que le praticien mis en cause semblait parfaitement conscient des exigences de sa méthode puisqu'il les avait lui-mêmes soulignées dans plusieurs études publiées sous sa signature.

La Cour d'Appel d'Angers a relaxé le médecin, au bénéfice du doute, le 29 juin 1973.

Cass.civ., 4 avril 1973, D.1973, somm., p. 79:

> N'a pas caractérisé la faute reprochée à un médecin-accoucheur auquel était imputée la fracture de la clavicule gauche d'un nouveau-né, le jugement qui se borne à énoncer « qu'il est de savoir courant que des méthodes diverses assurent des accouchements dans des cas semblables, sans que les enfants semblent atteints de lésions osseuses, non moins encore de fractures, et qu'il en résulte que les moyens mis en œuvre dans l'accouchement n'ont pas été adaptés aux particularités que cette intervention présentait. »

On ne saurait mieux dire que la faute doit être nettement établie.

pointe du progrès et le personnel très qualifié (339) indispensables à la pratique de certaines interventions graves et complexes (greffe, chirurgie cardio-vasculaire ou thoracique, etc...).

En outre, « la responsabilité de la puissance publique prend le relai de la responsabilité individuelle. Le médecin exerçant en milieu hospitalier est infiniment mieux placé du fait de cette responsabilité de substitution que celui qui exerce en privé. La puissance publique devient en fait l'assureur tous risques de son médecin » (340).

Enfin, aucune anesthésie générale ne devrait en principe être pratiquée dans le cabinet privé d'un médecin, en dehors du milieu chirurgical et sans l'aide d'un anesthésiste; il serait en outre souhaitable que certaines interventions sur des patients ambulatoires et certaines anesthésies locales s'effectuent dans les mêmes conditions (341).

Aucun texte légal n'oblige une clinique à offrir des appareils et des instruments d'anesthésie d'un type déterminé. Cependant, tout établissement hospitalier se doit de posséder des installations adéquates dont l'importance sera, bien

(339) Les capitaux nécessaires à l'acquisition de certaines installations modernes dépassent les ressources d'une clinique privée. Ces frais peuvent en revanche être assumés par la collectivité publique qui n'a pas — à tort ou à raison — le même souci de rentabilité et le même objectif de profit — légitime ou non — qu'une entreprise privée.

Nous n'entendons nullement par cette remarque contester l'utilité des cliniques privées et de la médecine libérale de clientèle qui ont un rôle éminent à jouer, parallèlement à la médecine hospitalière.

(340) LOMBARD, p. 95; BRUNHES, p. 52.

(341) S. CAHIER-LACOMBE et B. GRISOLI-BOSIO, « Anesthésie-réanimation en otorhino-laryngologie », dans Encyclopédie médico-chirurgicale, 36618 A30, p. 6.

J. BOUREAU, « Les impératifs de l'anesthésie générale chez les patients ambulatoires », dans Encyclopédie médico-chirurgicale, 36.431 A10, p. 1:

> « Certes il ne saurait être question d'interdire l'incision d'un abcès sous anesthésie générale ou l'extraction d'une dent facile, au cabinet du praticien mais, dans la plupart des cas, il est bien préférable d'intervenir en milieu hospitalier, hôpital ou maison de santé qui offre à l'opérateur et à l'anesthésiste un confort meilleur et des possibilités presque illimitées. »

D. SCHWANDER, A. SCHWANDER-TAYLOR, J. FREEMAN, « Anesthésie du patient ambulatoire » Service d'anesthésiologie du Centre hospitalier universitaire vaudois, Lausanne, dans Helv. chir. Acta 44, pp. 143-151 (1977).

Ouvrage collectif ORL, pp. 188-189: « L'oto-rhino-laryngologue peut-il actuellement effectuer l'ablation des amygdales et végétations chez un enfant sans hospitalisation, à son cabinet par exemple, et donner lui-même l'anesthésie générale nécessitée par cette intervention, sans avoir recours à un anesthésiste-réanimateur? Certes, une telle façon de procéder est parfaitement licite et aucun texte légal ou réglementaire ne l'interdit. C'est seulement en cas d'accident que se posera éventuellement la question de la responsabilité de l'opérateur. »

Trois arrêts (Cass. 27 janvier 1970; Cour d'Appel de Paris, 16 novembre 1973; Cour d'Appel d'Agen, 26 novembre 1975)» ont souligné et sanctionné l'imprudence, pour un chirurgien, de procéder seul, dans son cabinet de consultation, à une opération esthétique. Une généralisation de cette jurisprudence serait préoccupante pour l'otorhinolaryngologue et risquerait d'empêcher, non seulement toute petite intervention sous anesthésie locale, au cabinet du médecin, mais même, tout examen ORL nécessitant l'emploi d'un anesthésique de contact, en dehors d'un établissement de soins et hors la présence d'un anesthésiste-réanimateur. Donc, en définitive, d'entraver lourdement l'exercice même de cette profession ».

entendu, fonction du rôle imparti audit établissement par le plan hospitalier d'un pays ou d'une région (342).

A première vue, une clinique mal équipée portera certes une part de responsabilité en cas d'accident. Mais «l'anesthésiste qui accepte d'endormir un patient alors qu'il n'a pas le matériel indispensable est également responsable» (343).

Section 18. L'indépendance nécessaire de l'anesthésiste vis-à-vis du chirurgien et de la clinique

A) L'anesthésiste aussi bien que le chirurgien devront prendre une série de décisions et il peut arriver que le point de vue de ces deux praticiens diffère, chacun d'eux ayant naturellement l'optique de sa propre spécialité. C'est, par exemple, le chirurgien qui pose l'indication d'urgence, mais c'est l'anesthésiste qui doit juger si l'état général du patient lui permet de supporter une anesthésie. On voit ici une source de conflits possibles. En effet, ce seront deux médecins qui devront, en commun, appliquer le principe de la porportionnalité, c'est-à-dire «faire la balance entre le bienfait escompté et le risque inhérent à la thérapeutique envisagée, donc en définitive entre deux risques» (344).

L'anesthésiste a certes le pouvoir de faire différer une opération, surtout si elle est élective, et le chirurgien n'a pas à dicter sa conduite à l'anesthésiste. Celui-ci doit cependant tenir compte de l'obligation faite au chirurgien de tout tenter pour sauver le malade.

(342) BRUNHES, p. 180; FROGE, pp. 133 et 152.

(343) HERMAN, p. 10, qui ajoute : «Je n'ai pas trouvé dans la jurisprudence de quoi éclairer notre lanterne, par contre il serait indispensable et urgent de définir avec précision ce qu'il faut entendre par «matériel minimum», quelles doivent être les exigences minimales d'un anesthésiste pour ne pas encourir le reproche de travailler dans des conditions d'insécurité: débimètres, aspiration, sondes d'intubation, laryngoscope, respirateur artificiel, défibrillateur, scope, etc. Nous connaissons tous des établissements de soins où l'acte d'anesthésie ne relève plus d'une «collaboration» mais bien plutôt d'une «complicité». Les directeurs de tels établissements pensent trouver en l'anesthésiste qualifié le moyen d'éviter des investissements indispensables; nous devons savoir que notre responsabilité peut se trouver en ce cas lourdement engagée. L'absence de tel ou tel appareil dans une salle d'opération ne risque-t-elle pas d'être interprétée comme une perte de chance de survie?

A l'inverse, il ne faut pas perdre de vue que ce n'est pas le matériel, si moderne soit-il, qui assurera l'anesthésie ou la réanimation d'urgence... surtout s'il est inutilisé. La présence de tel ou tel appareil en salle d'opération n'est pas la seule garantie de chance de survie, encore faut-il qu'il ait été utilisé, qu'on ait su s'en servir, qu'il ait été en état de fonctionnement.»

Cf. aussi, infra, section 18, «L'indépendance nécessaire de l'anesthésiste vis-à-vis du chirurgien et de la clinique».

(344) Voir, infra, IV^e partie sur les conditions de l'acte médical licite.

R. BRODOWSKY, «Anesthésie en chirurgie d'urgence», dans Encyclopédie Medico-chirurgicale, 36.637 A10, p. 2:

«*Evaluation du degré d'urgence*: Sur la base de l'examen clinique et compte tenu des données chirurgicales, l'anesthésiologiste décidera en accord avec le chirurgien du degré d'urgence et du moment de l'intervention. Il faut peser, d'une part, la nécessité ou le bénéfice d'une réanimation préalable, d'autre part, le risque ou l'aggravation que comporte la remise de l'acte chirurgical.»

Ainsi, la discussion entre le chirurgien et l'anesthésiste ne porte pas sur l'indication opératoire, mais plutôt sur le moment de l'intervention et sur les risques qu'elle présente.

B) Un éminent neuro-chirurgien expliquait récemment au XVI[e] Colloque de « Médecine de France » (345), la situation dans laquelle il s'était trouvé le jour où, devant entreprendre une artériographie carotidienne dont la nécessité et l'urgence s'imposaient à ses yeux, il avait rencontré l'opposition de l'anesthésiste avec lequel il avait l'habitude de travailler. Une anesthésie générale devait être pratiquée. Le patient suivait depuis plusieurs années un traitement par I.M.A.O. qui faisait craindre pendant l'anesthésie une brusque poussée hypotensive mettant en danger la vie du malade. Le spécialiste refusait de prendre le risque d'endormir le patient.

« Le chirurgien, pour sa part, estimait que l'absence de l'examen faisait courir au malade un risque supérieur à celui de l'anesthésie... Chacun, dans sa propre spécialité, portait un jugement de valeur, indiscutable, paralysant une action dont les deux parties ne méconnaissaient pas l'urgence...

Les cardiologues appelés en consultation évaluaient le risque d'accident mortel per- ou post-opératoire à 60%. Par bonheur, les relations personnelles existant entre l'anesthésiste et le chirurgien étaient d'une qualité telle qu'ils prirent ensemble, avec l'aide des consultants, la responsabilité collective et la décision conjointe de tenter l'intervention, ceci d'autant plus que les proches du patient avaient donné leur consentement malgré le risque élevé. L'anesthésiste comprit que le chirurgien serait solidaire en cas d'accident. »

C) Nous avons déjà vu que l'indépendance morale et technique du médecin est un principe essentiel, affirmé par les Codes de déontologie et reconnu par la jurisprudence. Comme tout médecin à part entière, l'anesthésiste ne doit donc céder à aucune pression, qu'elle vienne d'un confrère, d'une clinique ou d'un patient (346).

Or, la situation de l'anesthésiste au sein de l'organisation médicale est particulière. Tout comme le radiologue ou le biochimiste d'un laboratoire, il pratique une discipline de « soutien », qui fournit des prestations indispensables aux autres disciplines médicales ; en outre, il est le seul médecin qui ne puisse exercer sa profession hors d'un établissement hospitalier, privé ou public et qui ne possède ni cabinet, ni clientèle. Il devient ainsi inévitablement dépendant de l'administrateur ou du directeur de la *clinique* et du *chirurgien* qui lui fournissent son travail. Cette dépendance l'expose d'une part, parfois par complaisance ou par

(345) Cf. BOYER CHAMMARD, pp. 141-142 ; « Médecine de France », N° 231, « La responsabilité du chirurgien », p. 15.

(346) Ainsi, le médecin pose seul, en conscience, l'indication et choisit la thérapeutique qui lui paraît la plus efficace et la plus appropriée. L'indépendance du médecin est d'ailleurs plus un droit du patient qu'un privilège de l'homme de l'art. Elle constitue une garantie morale pour le malade — indispensable à sa confiance — que le traitement sera choisi dans son intérêt exclusif, en l'absence de toute directive ou de toute pression d'un tiers, quel qu'il soit (employeur, proches, collectivité, clinique, hiérarchie médicale, etc.).

Cf., supra, chap. IX, notes 85-88.

manque de force de caractère, à exécuter des ordres du chirurgien qu'il devrait normalement refuser ou à adopter une technique qu'il sait dangereuse (347).

D'autre part, quel que soit le statut de l'anesthésiste ou le genre de contrat qui le lie à la clinique, des conflits sont inévitables car les impératifs de rendement de l'établissement hospitalier ne sont pas toujours compatibles avec le souci de sécurité et de respect des règles de l'art qui anime tout anesthésiste consciencieux.

(347) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 742: « Les incidents opératoires peuvent être, par contre, la source de responsabilités éminemment complexes et conjuguées. Le chirurgien qui aura fourni à l'anesthésiste des précisions inexactes sur la durée nécessaire probable de l'anesthésie, le chirurgien qui constatera que le malade «pousse», c'est-à-dire provoque des contractions internes gênantes pour l'opérateur, ou que le sang du dormeur devient noir au lieu de demeurer rouge, et fait craindre l'asphyxie, conjonctures qui ne sont que des exemples, ce chirurgien va donner des ordres à ceux qui l'entourent; il demandera du sang s'il y a lieu; il précisera à chacun ce qu'il veut de lui; l'anesthésite recevra ses consignes comme les autres. »

Ibid., p. 944 citant un arrêt de la Cour d'Appel d'Aix du 27 février 1952 (non publié): « Un anesthésiste (professionnel chevronné mais non docteur en médecine ni anesthésiste-réanimateur) avait, sur les indications du chirurgien, fait une anesthésie à l'évipan par injection intraveineuse à la saignée du bras gauche; or, cinq jours après l'opération (une appendicectomie banale parfaitement conduite et réussie), un œdème se révéla qui gagna, sans état fébrile, la partie inférieure du bras gauche et la partie supérieure de l'avant-bras gauche puis, au bout de quelques jours de soins inefficaces, nécessita une intervention chirurgicale. La Cour retint que le choix de l'anesthésie à l'évipan n'étant pas, en soi, critiquable, B... (l'anesthésiste) aurait sans doute pu attirer l'attention du chirurgien sur l'état des veines du patient, mais «qu'il n'avait pas de connaissances suffisantes pour se rendre compte que les veines de G... (l'opéré) se prêtaient mal à la ponction; que le chirurgien le savait et aurait donc dû procéder lui-même à un examen préalable qui l'eût incité soit à choisir un autre mode d'anesthésie, soit à assister son anesthésiste au moment de l'injection particulièrement difficile à faire.

C'est, tout de même, sévère car, en somme, cet anesthésiste habitué aux salles d'opération (peut-être un primaire et, à ce titre, ombrageux et susceptible, qui préférait « n'importe quoi » plutôt que d'avouer implicitement son incompétence en « demandant conseil ») aurait dû dire au chirurgien: « Je n'ai pas l'habitude des injections intraveineuses d'évipan; il y a quelque chose qui ne marche pas bien; regardez donc vous-mêmes. »

Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial: La responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), pp. 332-333: « Il se trouve que la coordination des activités du bloc opératoire pour différents chirurgiens ou spécialistes échappe, du moins en France et en Suisse à l'anesthésiste. Ceci rend la pratique de cette spécialité parfois acrobatique, et protester dans les conditions actuelles conduirait un certain nombre de confrères à un véritable suicide professionnel. Le chirurgien peut en effet à tout moment, de par la persistance de l'art. 45 du Code de déontologie lui permettant de choisir le médecin anesthésiologiste, récuser tel ou tel qui ne se plierait pas à ses exigences, aidé en cela par la possibilité qu'il a de confier l'acte d'anesthésie à une auxiliaire dépendant de lui. »

Ibid., p. 336: « Au confrère qui estimait tout à l'heure que dans nombre de cas regrettables l'anesthésiste était la remorque du chirurgien dans certains secteurs privés, et il a avancé des raisons pécuniaires tout à fait valables, je dirai qu'il y a un article 9 du Code de déontologie qui dit que l'indépendance du médecin doit s'exercer dans toutes circonstances et cet article 9 est en quelque sorte contradictoire avec l'article, lequel a été modifié en 1969 mais cette modification n'est pas encore déclarée. Je suis tout à fait d'accord avec vous, je pense du reste que si cette équipe fonctionne normalement et d'une façon satisfaisante, il peut arriver dans certains cas au cours de l'intervention que les responsabilités de l'anesthésiste et du chirurgien soient engagées et qu'il soit extrêmement difficile de les répartir. Je donne un exemple parce que je pensais que cela aurait été débattu au cours de la journée: Un chirurgien fait une intervention gynécologique quelconque, il fait mettre le malade en position de Trendelenburg et par suite de difficultés inhérentes, il demande à l'anesthésiste d'accentuer cette position. L'anesthésiste refuse dans certains cas disant qu'il y a des risques de paralysie brachiale. Personnellement, je suis toujours l'avis de mon anesthésiste et quand il me dit qu'il y a danger, eh bien tant pis, c'est au chirurgien de se débrouiller, je ne fais pas courir de risque supplémen-

A notre avis, les tribunaux devraient tenir compte, comme circonstance atténuante, des pressions subies par l'anesthésiste, du moins quand elles sont intolérables, et retenir une responsabilité solidaire du chirurgien ou de la clinique quand les dites pressions ont favorisé sans aucun doute la survenance d'un dommage.

taire. Seulement, si dans un autre cas le chirurgien exige que la position soit augmentée, qui est responsable? Normalement, ce devrait être le chirurgien».

Trib. de Béthune, arrêt d'octobre 1970 cité par HERMAN, pp. 6-7: «Le Tribunal estime que dans certains cas, le médecin-anesthésiste doit s'opposer à la décision opératoire du chirurgien s'il estime que les conditions de sécurité ne sont pas remplies pour le malade.»

Prenons un exemple:

Lors d'une opération du tube digestif, le chirurgien demande à l'anesthésiste de poser une sonde gastrique. Dans la plupart des cas, l'introduction d'une telle sonde ne présente pas de difficulté notoire pour l'anesthésiste, ni de risque pour le patient (il faut mentionner que cette introduction se fait à l'aveugle); parfois pourtant, vu les particularités œsophagiennes de certains opérés (par exemple, diverticule de Zenkel), la mise en place de la sonde s'avère délicate, voire impossible. L'anesthésiste informe alors le chirurgien de cette impossibilité. Le chirurgien ne veut rien entendre et il insiste. Devant le ton sans réplique de l'opérateur — et de crainte de mécontenter celui-ci — l'anesthésiste sera parfois amené à «pousser» une fois encore la sonde au risque de provoquer une perforation de l'œsophage dont une des conséquences peut être une médiastinite le plus souvent fatale dans les jours qui suivent l'opération. Il est évident que l'argument de l'anesthésiste «qu'il a obéi au chirurgien» n'a aucune valeur juridique de la part d'un médecin qui doit travailler en toute indépendance éthique et technique dans sa propre spécialité.

Un travail d'équipe — dans la recherche d'un but commun à atteindre — ne peut s'accomplir que dans un climat d'entente mutuelle et de confiance, chaque praticien devant respecter les règles de l'art de la spécialité de son confrère.

Chapitre V

Un arrêt essentiel de la II[e] Chambre pénale du Tribunal cantonal bernois [1]

Pour la première fois en Suisse, à notre connaissance, un arrêt d'un Tribunal cantonal a reconnu la responsabilité pénale et civile autonome de l'anesthésiste en se fondant, sans la nommer, sur la théorie de l'acte détachable (2) de l'acte opératoire.

Cet arrêt est donc très important.

A) Les faits

Le 12 septembre 1963, le Dr S..., chirurgien chef de l'hôpital de Grosshöchstetten (canton de Berne), pratique dans cet établissement, une ostéotomie de la hanche sur la jeune Brigitte Ae..., âgée de 13 ans. Il est assisté par son adjoint, le Dr G...

Les tâches, dans l'équipe opératoire, avaient été réparties à l'avance de la manière suivante:

1) Le Dr S..., en sa qualité de chirurgien, était responsable de l'ensemble de l'opération.

2) Le Dr G..., était chargé de la prémédication, de l'intubation de la patiente, puis du contrôle de la position correcte de la sonde endotrachéale ainsi que de sa fixation. Sur le plan de l'anesthésie, la tâche du Dr G... prenait alors fin.

3) Le Dr G... devait ensuite fonctionner comme premier assistant du chirurgien (tenir les écarteurs, pratiquer les hémostases, etc...).

4) La surveillance de l'anesthésie générale, après l'intubation, passait sous la responsabilité du chirurgien S...

5) La conduite de l'anesthésie était déléguée à l'infirmière Sp... (surveillance de la couleur de la peau, surveillance de la respiration, contrôle des réflexes pupillaires, du pouls et de la tension). En outre, l'infirmière devait, tout au long de l'intervention, faire part de ses observations au chirurgien S... et lui signaler tout incident (notamment tout «bleuissement»).

(1) Arrêt du 4 décembre 1970.
(2) Cf., supra, Chap. II, Sect. 3, litt. C, et Chap. IV, Sect. 6.

A six heures du matin, 0.5 cm^3 d'atropine et 0.5 cm^3 de dolantine sont administrés à la patiente. Puis l'infirmière Sp... installe la malade sur la table d'opération et lui pose une manchette à pression.

A 7 heures 05, le Dr G... entre en salle; il procède à l'induction au Thiobarbytural, puis injecte du curare à action brève (scoline). L'infirmière Sp... pose le masque à oxygène et le Dr G... intube l'enfant à l'aide du laryngoscope; il prétend avoir vérifié que l'intubation était correcte. Puis il fixe le tube. L'infirmière Sp... connecte le tube à l'appareil d'anesthésie; elle met le mélange gazeux usuel et fixe définitivement le tube à l'aide de sparadrap. Le Dr G... prétend avoir alors observé une amplitude respiratoire normale; cependant la vérification, par auscultation au stéthoscope, de la position correcte du tube ne lui a pas paru nécessaire bien qu'il procédât habituellement à un tel contrôle. L'infirmière Sp... mesure la pression (115/55) et le pouls (132 par minutes).

A 7 heures 15, le Dr G..., qui a terminé sa tâche d'anesthésiste, se rend dans la salle de lavage attenante à la salle d'opération. A ce moment, le chirurgien S... entre en salle; il constate que l'enfant est déjà intubé, que la couleur de son visage et sa respiration sont normales et que le mélange gazeux est adéquat. Il désinfecte la peau de l'opérée, pose les champs, puis se fait habiller.

A 7 heures 25, l'enfant est recouvert et l'infirmière Sp... injecte le curare (une dose suffisante, aux dires d'experts, pour paralyser les muscles pendant une heure).

A 7 heures 30, Sp... constate une légère « coloration bleue » du visage de la patiente, mais elle omet de le signaler au Dr S... Elle ouvre l'oxygène et ferme l'arrivée du protoxyde. Cependant la coloration s'accentue. Au premier coup de bistouri, le chirurgien s'aperçoit que le sang est de couleur noire, donc pauvre en oxygène. Se rendant près du visage de la patiente, il constate une cyanose avancée. Il réagit promptement et avec beaucoup de présence d'esprit; il extube l'opérée et lui pose un masque à oxygène. Après trois aspirations déjà, l'enfant redevient rose et l'opérateur contrôle les réflexes pupillaires qui lui semblent normaux. Il intube à nouveau Brigitte Ae... et l'opération continue dès lors sans difficultés.

A 8 heures, la respiration a repris; le pouls et la tension présentent à nouveau des valeurs normales (mais l'enfant est en fait déjà décérébrée).

L'opération prend fin à 9 heures.

A 11 heures, l'enfant n'a toujours pas repris ses réflexes. Le Dr S... diagnostique alors une hypoxie cérébrale et il ordonne, à 17 heures, le transfert de la patiente à l'hôpital de l'Isle à Berne où elle décédera le 6 mars 1964, après 6 mois de vie végétative (sans reprise de conscience).

Selon l'avis des experts, que le tribunal a fait sien, Brigitte Ae... a succombé tardivement des suites d'une hypoxie cérébrale (manque temporaire d'oxygène dans le sang qui a provoqué des dégâts irréversibles au cerveau), hypoxie consécutive à une intubation dans l'œsophage.

B) Le droit

L'infirmière Sp... fut d'emblée mise hors de cause. Le chirurgien S..., condamné en première instance à une amende, fut finalement acquitté par le

Tribunal cantonal bernois. Le Dr G..., en tant qu'il était responsable de l'intubation, fut condamné à une amende de Fr. 5000.— confirmée par le Tribunal Cantonal et au versement d'une indemnité de Fr. 6000.— à titre de dommages-intérêts.

En analysant longuement les tâches dévolues à chacun des acteurs du drame, le TC bernois a nettement dissocié la responsabilité des deux médecins, les Drs S... et G... La notion de responsabilité unique, assumée par le chirurgien, chef de l'équipe, a été rejetée par le tribunal. La Cour bernoise reconnut ainsi implicitement le partage des responsabilités dans l'équipe opératoire.

1) La Cour a retenu que le Dr G... avait pour tâche de procéder, sous sa seule responsabilité, à l'intubation de la patiente et de contrôler ensuite que l'intubation était correcte. Pour cet acte précis — détachable de l'acte opératoire global — le Dr G... n'était donc pas l'auxiliaire du Dr S...

« Le Dr G... a commis la faute grave de ne pas avoir vérifié la position du tube par l'auscultation bilatérale des poumons de la patiente et par l'inspection de l'amplitude respiratoire.

Le Dr G... a ainsi négligé ses devoirs de soins ; il avait une formation suffisante — ayant déjà pratiqué plus de cent anesthésies avec intubation — pour répondre seul de la faute qu'il a commise. En outre, il avait accepté au préalable la mission que lui avait confiée le chirurgien S... »

2) « Le chirurgien S... n'avait pas à s'assurer que l'intubation était correcte ; de plus, ce contrôle aurait été difficile vu que S... était à ce moment stérile et que la patiente était déjà recouverte par les champs.

S... avait eu l'occasion de vérifier, au cours d'opérations antérieures, que son premier assistant, le Dr G..., possédait une certaine compétence et une formation en anesthésie. Le chirurgien S... pouvait donc légitimement déléguer une partie de ses pouvoirs à G... et compter sur une intubation conforme aux règles de l'art.

En outre, le succès d'une opération dépend pour une large part d'un travail d'équipe fondé sur la confiance réciproque. Au moment du coup de bist£uri (moment décisif), le chirurgien doit se concentrer sur sa tâche principale, l'acte opératoire proprement dit ; il doit pouvoir présumer que son équipe qu'il connaît bien, fonctionne convenablement, c'est-à-dire que chaque collaborateur accomplit sa tâche conformément à ses devoirs et aux règles de l'art. »

3) Que le Dr G... soit en fait un chirurgien, qu'il ne fonctionne qu'occasionnellement et partiellement comme anesthésiste, donne, à notre avis, encore plus de poids à ce jugement du TC bernois. Cet arrêt dégage ainsi de manière plus nette la notion d'acte détachable de l'acte opératoire qui implique une responsabilité autonome, non à raison d'une spécialité — G... n'a pas été condamné en sa qualité d'anesthésiste exclusif — mais à raison d'un acte particulier, précis (ici l'intubation) que G... assumait en l'occurrence et qui relève normalement de la compétence d'un anesthésiste de métier.

4) Bien que l'arrêt bernois laisse entendre qu'il est dangereux de confier une anesthésie à une personne qui n'est pas apte à la pratiquer (le Dr G... et surtout l'infirmière Sp...), le tribunal a toutefois tenu compte de la pénurie d'anesthésistes et d'auxiliaires qualifiés, surtout dans le canton de Berne.

5) Mentionnons enfin que la Cour cantonale a dû se prononcer sur la mission des experts et sur leur impartialité. Le nombre de professeurs susceptibles d'être experts dans des problèmes d'anesthésie est très restreint vu la jeunesse de cette spécialité; il est inévitable que ces quelques professeurs se connaissent bien, aient de nombreux contacts et que leur indépendance soit peut-être moindre que celles d'autres spécialistes.

Chapitre VI

Conclusions de la troisième partie

Section 1. L'acte détachable et l'existence d'un contrat indépendant entre l'anesthésiste et le patient

Comme nous l'avons déjà vu (1), les tribunaux ont longtemps suivi le précepte traditionnel qui veut que le chirurgien soit seul responsable de l'acte opératoire, comme maître suprême de la salle d'opération, l'anesthésie étant considérée comme partie intégrante de l'intervention chirurgicale. Cette conception unitaire de l'acte opératoire, valable peut-être il y a trente ans, ne saurait plus être retenue à l'heure actuelle (2).

Le progrès des techniques, l'importance accrue du rôle de l'anesthésiste et la reconnaissance très récente de cette discipline comme spécialité majeure ont conduit, tout d'abord dans les pays anglo-saxons, à une évolution de la jurisprudence. Celle-ci laisse certes toujours au chirurgien le rôle principal de « maître du plan d'ensemble de l'action opératoire », mais admet de plus en plus souvent la notion d'autonomie de l'anesthésiste ou, tout au moins, de responsabilité conjointe des médecins faisant partie de l'équipe opératoire, lorsque la technique anesthésique, le défaut d'examen pré-opératoire ou de surveillance post-opératoire sont la cause principale du dommage.

Pratiquée en effet jusque vers 1960 presque exclusivement par des auxiliaires placés sous la direction et la surveillance du chirurgien, l'anesthésie a passé maintenant aux mains de médecins spécialistes, dont le travail, certes solidaire de celui de l'équipe opératoire dans son ensemble, n'est cependant pas moins spécifique. Cette autonomie confère à l'anesthésiste une responsabilité particulière dont les tribunaux ont peu à peu précisé les conditions et les limites (3).

Nous pensons donc que la théorie de l'acte détachable de l'acte opératoire global (4) permet de concilier la notion d'équipe chirurgicale — qui découle de l'unité du but recherché par chacun des membres de cette équipe — et celle d'autonomie juridique de l'anesthésiste.

(1) Cf., supra, Chap. II, sect. 1.
(2) Cf., ÇAKMUR, pp. 47-48.
(3) Ibid., p. 48; voir aussi FROGE, p. 36.
(4) Rappelons qu'il y a trois catégories d'actes détachables de l'acte opératoire global:
— l'acte chirurgical,
— l'acte anesthésique,
— l'acte de soins hospitaliers courants.
Comme le dit FROGE (pp. 102-103), « au cours d'une opération chirurgicale, les actes qui participent directement de la technique chirurgicale et qui sont exécutés par le médecin lui-même, soit

En outre, l'existence d'un contrat — même tacite — entre le patient et l'anesthésiste est nécessaire pour que ce dernier engage sa responsabilité civile et ne soit pas un simple auxiliaire du chirurgien (5).

Il faut relever enfin que dans le déroulement habituel d'une opération les théories susceptibles de fonder la responsabilité autonome de l'anesthésiste trouvent successivement leur justification à trois stades du processus:

1) Le chirurgien est en présence d'un patient à opérer. Vu son incapacité technique à endormier le malade, l'opérateur fait appel à un confrère qualifié, en l'occurrence à un anesthésiste. Il y a *stipulation pour autrui.*

2) Lors de la visite pré-opératoire, l'anesthésiste conclut avec le patient un *contrat de soins spécifique.*

3) Enfin, tout au long de l'opération — et même dans les heures qui suivent l'intervention — l'anesthésiste entreprend de son propre chef une série d'actions qui peuvent dès lors être considérées comme *« détachables ».*

Section 2. La collaboration nécessaire du chirurgien et de l'anesthésiste au sein de l'équipe opératoire

La notion de responsabilité personnelle et autonome de l'anesthésiste et du chirurgien, valable sur le plan juridique, ne doit pas faire perdre de vue la nécessité pratique d'une étroite collaboration entre ces deux spécialistes dont les actions ont le même objectif: la réussite opératoire (6).

Il y a en effet «une interaction évidente des rôles du chirurgien et de l'anesthésiste. Par suite, il paraît difficile de tracer d'emblée une frontière entre les missions respectives de ces deux médecins (7)».

Ainsi, même si l'anesthésiste ne peut plus être systématiquement considéré comme le subordonné du chirurgien sur le plan juridique, l'opérateur doit

par des tiers assistants ou infirmiers, agissant sous sa surveillance et sur ses prescriptions spéciales, entraînent la responsabilité du chirurgien.

Ceux qui participent de la technique anesthésique, ainsi que la position du malade sur la table d'opération, sont sous la responsabilité de l'anesthésiste.

Les actes (soins) courants et simples entraînent la responsabilité de la clinique à raison de ses auxiliaires».

(5) Notons qu'en principe la responsabilité délictuelle de l'anesthésiste peut être engagée, mais le cas est peu fréquent dans la pratique. Faute de contrat entre le patient et l'anesthésiste, c'est généralement la responsabilité contractuelle du chirurgien qui sera retenue en sa qualité de commettant de l'anesthésiste.

(6) Cf. FROGE, p. 55, qui ajoute qu'en effet «quel que soit le nombre des médecins qui s'occupent d'un malade entrant en clinique, il faut reconnaître que leurs actions tendent vers un but unique dominé par l'acte chirurgical et pour lequel une coordination médicale s'impose, coordination qui ne peut être réalisée que dans le sein d'une équipe homogène dont tous les membres sont interdépendants».

Cf. aussi F. LEYMARIE, p. 26.

(7) F. LEYMARIE, p. 18, qui note encore que «même avant et après l'opération, l'anesthésiste-réanimateur ne peut méconnaître les incidences et les impératifs propres à l'intervention que le chirurgien s'est engagé à pratiquer à la suite d'un contrat qu'il a passé avec le malade. Si l'anesthésiste est le collaborateur du chirurgien, il en est également l'auxiliaire car l'anesthésie n'a pas en elle-même une fin thérapeutique. Elle a pour objet de mettre le malade en condition en lui faisant «perdre la faculté de sentir». Il existe ainsi une complémentarité nécessaire entre les fonctions du chirurgien et de l'anesthésiste. Elle est particulièrement évidente au moment même de l'opération dont il ne peut

rester le chef de l'équipe par nécessité pratique (8). Une bonne entente entre chirurgien et anesthésiste est donc nécessaire ; en fait ces deux partenaires parviennent de plus en plus à s'accorder et leurs rapports s'améliorent au fil des années, chacun reconnaissant la valeur de l'autre. Certains chirurgiens même commencent à prendre en considération l'avis de l'anesthésiste et souvent les anesthésistes eux-mêmes réussissent à imposer certaines de leurs règles (9).

DE VILLE DE GOYET (10) souligne avec pertinence que « c'est le devoir du chirurgien de connaître un peu d'anesthésiologie — qui n'est pas son fait —

en fait contrôler facilement le déroulement ; le chirurgien intervient dans le champ opératoire avec toute la tranquillité nécessaire au succès de l'opération. Mais l'anesthésiste qui l'assiste est alors sous sa dépendance directe, car le chirurgien reste le seul maître de la conduite de l'intervention ».

(8) M. GEMPERLE, « L'anesthésiologie et les soins intensifs chirurgicaux », dans Médecine et Hygiène, N° 1031, du 8 novembre 1972, p. 1650 : « La table d'opération est le lieu de rencontre d'une équipe hautement spécialisée. Pour qu'une équipe fonctionne, il faut un chef d'équipe ; dans la salle d'opération, l'autorité appartient à celui qui tient le bistouri... »

F. LEYMARIE, pp. 28-29 : « Il ne faut pas méconnaître que l'organisation et la conduite de l'intervention appartiennent au chirurgien. L'anesthésie n'est que l'accessoire de l'opération curative pratiquée par le chirurgien à la demande du malade (...) Le chirurgien pourra ainsi être tenu responsable des fautes commises dans la pratique de l'anesthésie, du moins s'il fait appel à un anesthésiste-réanimateur en dehors de tout accord de son malade. »

J.J. HERBERT, « Existe-t-il un conflit chirurgien-anesthésiste ? » dans La Presse Médicale, 1969, N° 10, p. 348 : « L'anesthésiste est un collaborateur précieux et indispensable du chirurgien, il doit être sous son autorité... sur le vaisseau complexe que constitue le bloc opératoire, c'est le chirurgien qui doit avoir l'autorité, comme le commandant sur son navire. L'anesthésiste est un rouage essentiel comme l'officier mécanicien sur le bateau. »

KORNPROBST, Res. du médecin, p. 944 : « Le chirurgien conserve une obligation de coordination. »

DEBRAY, p. 52 : « Le chirurgien doit rester le chef d'orchestre. Il doit s'intéresser à (et connaître le mieux possible) l'activité de ses collaborateurs ; il doit, par exemple, savoir le genre de réanimation le mieux adapté à sa propre chirurgie, diriger et informer son anesthésiste, lui indiquer les particularités de telle intervention, les incidents à prévoir. Ainsi s'établit le rythme, le style d'une équipe. Et ce style peut évoluer. »

Cour d'Appel de Toulon, arrêt du 24 avril 1973, cité par DEROBERT, p. 305 :

> « Attendu, certes, que la surveillance de l'état cardio-vasculaire de l'opéré incombe essentiellement au médecin-anesthésiste-réanimateur ; mais que l'anesthésie et la réanimation ne sont pas une fin en soi, qu'elles concourent à un but commun à l'anesthésiste et au chirurgien, à savoir une exécution correcte de l'acte opératoire et la guérison du malade, qu'elles restent auxiliaires par rapport à l'intervention curative, et que l'organisation et la conduite générale de l'opération appartiennent au chirurgien, qui règle la durée de celle-ci et le choc qu'elle fait subir au patient en fonction des nécessités opératoires ; qu'il doit exister entre eux une intime collaboration, le chirurgien prenant les décisions principales auxquelles l'anesthésiste doit constamment s'adapter, ce qu'il ne peut faire que sur les instructions du chirurgien. »

Dans le même sens, Cass.civ., 9 juillet 1963, S.1964.129.

Cf. encore BOYER CHAMMARD, p. 245 : « La Cour de Cassation (Cass.civ. 22 juin 1972) estime nécessaire qu'une équipe chirurgicale ait un chef, dont une des attributions est de veiller à ce que soient respectées les normes de prudence s'imposant à tout médecin. Il n'est pas permis au chirurgien de se désintéresser de ce que font les spécialistes qui l'assistent. Décidant de l'intervention, des conditions dans lesquelles elle sera réalisée, le chirurgien reste garant de sa qualité d'exécution. »

(9) M. GEMPERLE, loc.cit. supra, note 8.

Voir aussi « La responsabilité du chirurgien », XVI[e] Colloque de Médecine de France, N° 231, 192, p. 58 : « Les chirurgiens doivent dialoguer avec les anesthésistes. L'essentiel est que le chirurgien et son anesthésiste forment une équipe extrêmement soudée. »

Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial : la responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), p. 366 : « L'anesthésiste et le chirurgien ne sont pas deux individus qui forment attelage pendant l'acte opératoire et s'ignorent avant et après comme certains anesthésistes, l'ont

mais il est tout aussi vrai que c'est le devoir de l'anesthésiste de connaître le soin chirurgical — qui n'est pas non plus son fait. Il lui est alors aisé de tenir compte dans le choix du mode d'anesthésie des nécessités relevant de la technique chirurgicale. Dans les équipes harmonieuses tout se passe sans heurts, dans un esprit de collaboration qui est le seul à respecter vraiment l'intérêt du malade. La jurisprudence constate la nécessité de cette entente».

Section 3. Les inconvénients pratiques de la théorie du partage des responsabilités

En théorie, tout paraît simple et logique dans la répartition des responsabilités au sein de l'équipe opératoire. En pratique, cependant, «les activités des membres de l'équipe soignant le même malade s'entremêlent souvent de telle sorte que beaucoup de fautes décelées par leur résultat, et dont l'existence est certaine, ne peuvent être attribuées avec sûreté à l'un ou l'autre des participants à l'acte opératoire (11)».

décrit; au contraire, ils forment une équipe homogène qui fonctionne avant, pendant et après l'intervention, conjointement et dans l'intérêt même du patient». Puis, plus loin: «En réalité, le chef d'équipe c'est le malade, c'est-à-dire que quelquefois le malade est en danger et il faut que tout soit fait pour que le chirurgien puisse travailler de la meilleure façon possible, quelquefois il est en danger de par sa physiologie même; quelquefois encore le malade échappe totalement à l'anesthésiste parce que ce n'est plus qu'un problème de suite chirurgicale, quelquefois enfin il y a un problème de réanimation et le chirurgien n'est plus responsable. C'est donc un propos d'équipe collégiale. Cette collégialité n'a pas de chef, elle doit à tout moment pouvoir s'orienter au mieux de l'intérêt du malade, depuis son entrée dans l'établissement jusqu'à la sortie. Ceci suppose que tous les médecins se considèrent comme égaux les uns par rapport aux autres et s'aident au mieux selon l'intérêt du patient et non selon des prérogatives qu'ils croient être celles de leur profession ou de leur spécialité.»

(10) Pp. 20-21, l'auteur ajoute: «Un décès survient à l'occasion d'une opération oculaire pratiquée sous anesthésie générale à l'éther. Alors que l'enfant était déjà extubé, le chirurgien voulut procéder à la coagulation d'un petit vaisseau sanguin à l'aide d'un crochet à strabisme chauffé au moyen d'une lampe à alcool. L'explosion qui se produisit à ce moment entraîna le décès du patient quelques heures plus tard. Le Tribunal Correctionnel d'Anvers condamna l'anesthésiste à deux ans de prison avec sursis et à une amende. Le jugement retint que *l'anesthésiste devait informer le chirurgien du mode d'anesthésie qu'il se proposait d'employer et devait s'informer auprès du chirurgien des manœuvres opératoires auxquelles il allait procéder.*

Mais — et ceci est très important — le Tribunal Civil conclut, lui, à un partage des responsabilités par moitié, considérant «qu'une mise au point avant l'opération aurait dû être faite entre le chirurgien et l'anesthésiste afin que chaque praticien connaisse exactement les manœuvres auxquelles l'autre allait procéder et les instruments qu'il allait employer; en outre, cette initiative de mise au point ne devait pas être prise exclusivement par l'anesthésiste».

«De plus en plus, les médecins travaillent en équipe. Mais il serait imprudent de vouloir attribuer à un médecin d'un groupe une autorité en dehors du domaine de sa compétence. Ce serait d'abord irrationnel et risquerait de conduire ensuite à de graves erreurs en confiant à un des médecins le pouvoir d'imposer son opinion sur des questions qui échappent à sa compétence.»

Les Tribunaux ont d'ailleurs retenu qu'il y avait «faute lourde de la part du médecin à ne pas suivre les indications fournies par le consultant.»

(11) ÇAKMUR, p. 50: «Il y a de nombreux points d'interférence entre l'activité du chirurgien et celle de l'anesthésiste qui travaillent en collaboration. Lors d'un accident, il ne sera pas toujours aisé de déterminer dans quelle mesure celui-ci est causé par l'intervention chirurgicale proprement dite ou par l'anesthésie. L'action des deux spécialistes intervient simultanément ou en étroite succession chronologique, sur le même organisme malade et l'une influe plus ou moins nettement sur l'autre.»

L'action thérapeutique est l'œuvre simultanée ou successive de plusieurs personnes. La frontière entre les divers actes accomplis avant, pendant ou après l'opération reste souvent assez floue et la jurisprudence manque d'une certaine systématique (12).

Ainsi, souvent, le patient prouvera bien l'existence d'une faute, mais il ne pourra pas toujours déterminer le responsable, vu l'indépendance dont jouit chaque membre de l'équipe dans ses soins. Or, il ne faut tout de même pas oublier que le malade doit trouver réparation chaque fois que les conditions d'une res-

(12) BRUNHES, p. 58.

Voir aussi KORNPROBST, Resp. du médecin, p.. 736: «Mais se pose, alors, la question la plus délicate, sans doute, de toute cette matière de l'anesthésie chirurgicale au point de vue des responsabilités encourues; car, beaucoup plus difficile que le problème de rechercher s'il y a eu faute, qu'elle soit délictuelle ou contractuelle, apparaît celui de savoir qui doit répondre de cette faute?»

P. MONZEIN, «La responsabilité pénale du médecin», dans la Revue de science criminelle et de Droit pénal comparé, 1971, 4, pp. 861 et 882: «Les interventions, chaque jour plus complexes, deviennent des œuvres collectives. Il en résulte que la responsabilité se dilue, la faute devient de plus en plus difficile à individualiser.»

Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial), p. 303:

> «Devant un collapsus survenu de façon imprévisible, que faut-il mettre en cause? L'inobservation de règles élémentaires de surveillance respiratoire (presque impossible à prouver à l'interrogatoire), les effets secondaires de certaines drogues employées (variables avec les sujets), une interférence médicamenteuse (toujours possible), l'état général ou les antécédants du patient, l'acte chirurgical ou la position opératoire, ou même cet événement exceptionnel telle qu'une embolie pulmonaire ou un infarctus du myocarde (impossible à mettre en évidence en l'absence de l'autopsie immédiate).
> Devant le tableau d'une anoxie ou d'une asphyxie, à peu près certaine, comment en trouver avec certitude l'origine et quelle part de responsabilité attribuer au praticien dans sa survenue? S'il s'agit d'une obstruction par coudure de la sonde ou par défaillance du ballonnet, le véritable responsable est-il l'anesthésiste qui surveillait le patient ou l'aide du chirurgien qui, pendant quelques dizaines de secondes, écrasait ce tube pendant que l'anesthésiste se préoccupait de la transfusion sanguine absolument nécessaire? A moins que ce ne soit la clinique qui se refusait depuis des semaines ou des mois à renouveler un matériel usagé.
> Si un patient a omis ou, plus simplement, ne savait pas qu'il était essentiel de faire savoir à l'anesthésiste qu'il prenait régulièrement un médicament incompatible avec des anesthésiques, tels qu'un hypotenseur ou des corticoïdes, quelle sera la part de la responsabilité du praticien? Et si ce même malade a bien signalé ce traitement, mais que le chirurgien s'est refusé à retarder son intervention de plusieurs jours ou de plusieurs semaines, l'anesthésiste est-il en mesure, bien que ce fût son devoir, de refuser d'endormir le patient?...
> Comment devant un arrêt cardiaque survenant en début ou ou en cours d'intervention, affirmer, en l'absence de toute étiologie évidente, qu'il s'agit selon toute probabilité d'un accident d'anesthésie? Pourquoi ne serait-ce pas une embolie gazeuse ou une embolie graisseuse?...
> Encore, ces quelques exemples sont-ils parmi les moins complexes... Il peut se faire que les causes soient multiples et intriquées, éventuellement mixtes, chirurgicales et anesthésiques. Par exemple, un collapsus provoqué à la fois par une hémorragie relativement importante chez un patient installé dans une position apte à déprimer sa ventilation et dont l'anesthésie a été obtenue à l'aide de drogue elle-même dépressive de sa fonction cardio-vasculaire. Plus encore, l'accident peut survenir par excès de soins attentifs et consciencieux, tel le cas de cette malade âgée, très maigre chez laquelle on pouvait imaginer que l'on risquait une paralysie du membre supérieur par compression du bras contre le bord de la table d'opération; une paralysie post-opératoire transitoire est survenue du fait de l'excès des moyens de protection mis en place, destinés à éviter cet accident.»

ponsabilité civile sont remplies (13). Nous voyons là les limites de la théorie de l'autonomie juridique au sein de l'équipe lorsqu'on se place au point de vue du patient qui sera l'auteur de l'action en responsabilité.

Section 4. Une solution offrant au lésé une garantie sérieuse de trouver réparation: la responsabilité solidaire des membres de l'équipe opératoire

A) La jurisprudence française

Depuis quelques années, la Cour de Cassation française, «dans le but d'éviter une dissociation trop tranchée des actes du chirurgien et de ceux de l'anesthésiste-réanimateur, retient le plus souvent la responsabilité conjointe des deux praticiens, notamment lorsque le chirurgien aurait pu pallier les fautes de l'anesthésiste ou lorsqu'il a été à l'origine de l'une de ces fautes (14)».

Ainsi certains arrêts français récents admettent une responsabilité collégiale de l'équipe chirurgicale tout entière dont les membres répondent *in solidum* sans que le demandeur soit obligé de déterminer un responsable particulier.

Le premier en date de ces jugements émanait du Tribunal de Grande Instance de la Seine qui a déclaré le 3 mars 1965 (15) ce qui suit:

> «Attendu que dans la recherche de la vérité juridique le juge doit s'attacher aux faits;
> Attendu que progressivement les rapports d'autrefois entre le médecin et le malade qui se confiait à lui se transforment, le malade apparaissant de plus en plus au médecin sous la forme d'une fiche tandis que le patient a l'impression d'être livré à un mécanisme;
> Attendu que, spécialement dans le domaine chirurgical, le malade n'a pas affaire à un seul médecin mais à une équipe chirurgicale évoluant au milieu d'un matériel nombreux, perfectionné, mais aussi inquiétant;
> Attendu qu'il apparaît vain de rechercher si un contrat singulier s'est formé entre l'opéré et l'hématologue, le radiologue ou l'anesthésiste, étant donné que ce contrat entouré du secret professionnel serait le plus souvent tacite;
> Attendu que les difficultés d'une telle méthode ne pourraient avoir pour effet

(13) KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 946, note que «la dispersion des responsabilités, dans l'équipe chirurgicale, présente un danger quel que soit le désir que l'on ait — et nous sommes de ceux qui l'ont très ardent — de défendre les parties saines du corps médical contre les procès injustifiés ou abusifs. Il faut tout de même tenir la balance égale entre les deux «partis» et ne pas risquer de faire le vide devant le malade à la faveur de ce qui ne serait, en définitive, qu'un sophisme bâti sur un mauvais syllogisme.

Il demeure aussi que la volonté louable de ne pas faire supporter injustement par quelqu'un ce qui incombe à d'autres, ne doit pas aboutir à l'obscurcissement de toute responsabilité possible, ce qui réintroduirait, sous une forme indirecte, une sorte d'irresponsabilité médicale de principe, ni faire perdre de vue qu'un éparpillement des responsabilités dissocierait, sur le plan psychologique, les éléments qui encourent à la réalisation parfaite d'une opération chirurgicale».

(14) ORL, Ouvrage collectif, p. 194.

(15) JCP 1966 II 14582, note R. SAVATIER.

que de dérouter le demandeur poursuivant la recherche de responsabilités qui n'ont que trop tendance à se diluer;
Attendu que la notion d'équipe apparaît comme donnant la solution juridique la plus conforme à la réalité...»

Sept ans plus tard, le 22 juin 1972, la Cour de Cassation rendait, le même jour, deux arrêts retenant la responsabilité solidaire du chirurgien et de l'anesthésiste, le premier dans un cas de régurgitation (16), le second dans l'affaire Albertine Sarrazin (17).

Rappelons, concernant cette dernière affaire, que la Cour d'Appel de Montpellier avait relaxé le chirurgien et condamné le seul anesthésiste. La Cour de Cassation cassa cette décision après avoir rappelé les faits et souligné que le chirurgien et l'anesthésiste formaient une équipe chirurgicale:

1) Le chirurgien savait, parce qu'il l'avait examinée avant l'intervention, que la malade était particulièrement fragile et que des précautions spéciales s'imposaient. Or, l'opérateur avait pratiqué l'intervention alors qu'il n'ignorait pas que le groupe sanguin n'avait pas été déterminé et que l'emploi de flacons de sang iso-groupe n'était pas prévu. Certes, les prémédications, groupages, perfusions et transfusions relèvent des techniques propres à l'anesthésie-réanimation, mais le chirurgien doit s'assurer que la mise en œuvre de ces moyens sera possible. Il doit vérifier si le malade est immédiatement opérable en consultant l'anesthésiste. Quand il constate certaines négligences, le chirurgien ne peut pas s'en désintéresser même si les actes relèvent spécialement de l'anesthésiste, tels la transfusion et le changement de position du patient sur la table d'opération.

2) De plus, il «savait que l'anesthésiste n'avait examiné la patiente pour la première fois que le jour de l'opération, dans le bloc opératoire, alors que l'administration d'une prémédication l'avait déjà rendue inconsciente — prémédication ordonnée par le chirurgien d'ailleurs».

3) «Le chirurgien n'avait pas assisté au changement de position du corps de l'opérée, lequel n'avait pas été effectué et surveillé comme il aurait dû l'être, compte tenu de l'incident déjà survenu... Le chirurgien qui connaissait les risques créés par l'intervention qu'il venait de terminer n'aurait pas dû laisser l'anesthésiste retourner la malade sur la table d'opération avec la seule assistance d'une infirmière.»

La Cour de Cassation estima qu'une telle accumulation de fautes ne permettait pas d'exonérer le chirurgien de toute responsabilité, comme en avaient décidé les premiers juges.

«En l'état des énonciations de la Cour d'Appel qui relève des fautes commises par l'un et l'autre des prévenus, agissant ensemble pour pratiquer l'intervention qui avait été décidée, la Cour ne pouvait, sans se contredire, exonérer le chirurgien de toute responsabilité aux seuls motifs qu'il n'avait pas

(16) Arrêt cité par BOYER CHAMMARD, pp. 244-246.
Voir aussi, supra. chap. II, p. 321, note 91.
(17) Cass. 22 juin 1972, JCP 1972 II 17266, 2e espèce, note R. SAVATIER.
Cf. également, supra, pp. 314-319.

l'obligation de surveiller les actes de l'anesthésiste, en raison de la spécialisation et de la mission technique de ce dernier et que ce chirurgien n'avait lui-même commis aucune faute caractérisée, dès lors qu'il avait fait établir un bilan urologique complet de la malade et procédé à son opération dans des conditions satisfaisantes. »

Le 9 avril 1974, enfin, le Tribunal de Grande Instance de Paris (18) rendit un arrêt allant dans le même sens. Nous énoncerons brièvement les faits :

Une femme de 43 ans était décédée, peu de temps après une amygdalectomie, alors qu'elle avait été ramenée dans sa chambre et que le chirurgien et l'anesthésiste-réanimateur procédaient, en salle d'opération, à une autre intervention. Le Tribunal retint non seulement la responsabilité de l'anesthésiste pour n'avoir pas assuré assez durablement la surveillance de cette opérée, mais également celle de l'otorhinolaryngologue au motif suivant :

« Attendu que, en l'état actuel de la technique opératoire, il n'est pas douteux que les compétences tendent à se diversifier, ce qui entraîne une distinction corrélative des responsabilités conforme au principe d'indépendance professionnelle qu'affirme l'art. 9 du Code de Déontologie médicale, il n'en demeure pas moins que le chirurgien et l'anesthésiste forment une équipe chirurgicale ; que le chirurgien choisi spécialement par le malade répond du parfait déroulement de l'intervention, reste garant de la qualité d'exécution et doit tout faire pour contribuer à son succès.

Attendu qu'en l'espèce il n'est pas contesté que le Docteur X n'a pas prolongé sa surveillance personnelle de l'opéré au-delà de son retour dans la chambre, parce qu'il participait en qualité d'anesthésiste à une deuxième opération effectuée par le Docteur Y.

Attendu qu'en ne prévoyant pas, entre ces deux interventions successives, un intervalle suffisant alors que le même anesthésiste y participait, le Dr Y n'a pas permis à celui-ci d'assurer normalement le devoir de surveillance qui lui incombait.

Qu'il appartient au chirurgien d'organiser l'intervention de telle sorte que chacun des membres de l'équipe chirurgicale puisse accomplir la tâche qui lui est impartie dans les meilleures conditions possibles. Que, pour avoir effectué lui-même la première intervention, le Dr Y était informé des conditions de l'anesthésie, de la durée de ses effets et tenu de veiller à ce qu'une surveillance approfondie soit organisée auprès de l'opéré jusqu'à son réveil.

Attendu que la non-disponibilité du Dr X au moment où le sort de la patiente se jouait est donc en partie imputable au Dr Y, chirurgien. »

Les deux médecins reconnus responsables furent condamnés in solidum à réparer le préjudice.

Comme le dit BOYER CHAMMARD (19) « la Cour de Cassation estime nécessaire qu'une équipe chirurgicale ait un chef, dont l'une des attributions est de veiller à ce que soient respectées les normes de prudence s'imposant à tout médecin. Il n'est pas permis au chirurgien de se désintéresser de ce que font les

(18) Cité par ORL, Ouvrage collectif, p. 61.
(19) Pp. 245-246.

spécialistes qui l'assistent. Décidant de l'intervention, des conditions dans lesquelles elle sera réalisée, le chirurgien reste garant de sa qualité d'exécution-. Il serait imprudent, ajoute l'auteur, « d'extrapoler au-delà de ce que la Cour de Cassation a jugé et de penser que, en toutes circonstances, le chirurgien doit partager la responsabilité des membres de son équipe. Son rôle, en cours d'intervention, est beaucoup trop important pour que l'on puisse lui demander de se préoccuper de ce que font les spécialistes — par principe nettement plus qualifiés que lui dans le domaine où ils exercent — qui l'entourent. Il doit pouvoir se consacrer entièrement à son travail, se concentrer sur l'acte opératoire qu'il exécute, sans avoir à exercer une quelconque surveillance. Dans les deux affaires que nous venons d'exposer, il s'agissait de fautes lourdes, dont le chirurgien devait prendre conscience avant d'intervenir. Il n'est pas douteux que, dans d'autres cas d'espèces, la solution adoptée par les magistrats pourrait être totalement différente ».

En conclusion, d'après cette jurisprudence, le chirurgien reste le garant du bon déroulement de l'intervention *lato sensu*, agissant en quelque sorte, comme un coordinateur (20).

La responsabilité du chirurgien (21) sera ainsi également retenue à côté de celle de l'anesthésiste si « la faute de ce dernier est en rapport avec une mauvaise direction du chirurgien (22) » ou si elle implique une défaillance de l'opérateur ou encore lorsque les circonstances de fait rendent la faute de ces deux médecins indivisible (23).

(20) ORL, Ouvrage collectif, p. 61.

F. LEYMARIE, p. 20: « Par la nature de sa mission, l'anesthésiste, même si son indépendance professionnelle est reconnue, reste par la nature de sa mission soumis à la direction du chirurgien. Le traitement opératoire est l'essentiel et l'anesthésie l'accessoire, s'intégrant nécessairement dans l'ensemble de l'acte opératoire. Suivant les phases de ce traitement, le pouvoir de direction reconnu au chirurgien en tant que chef de l'équipe chirurgicale, est plus ou moins grand. L'anesthésiste doit adapter son action en fonction des événements de l'intervention, il ne peut le faire que dans la mesure où le chirurgien l'informe, attire son attention sur les actes chirurgicaux qu'il pratique. En cas d'accident, les fautes peuvent alors devenir indivisibles... »

(21) La notion de responsabilité solidaire pourrait naturellement s'étendre à la clinique mise en cause pour les dommages causés par ses auxiliaires.

(22) F. LEYMARIE, p. 20.

(23) Ibid., pp. 20. L'auteur (p. 33) note encore ceci: « Une telle situation peut surtout se rencontrer lorsque les membres de l'équipe chirurgicale collaborent étroitement, c'est-à-dire au moment de l'acte opératoire. Mais il s'agit là d'une question de fait.

L'indivisibilité des fautes dépendra soit de la nature même de l'acte fautif, soit du contenu du contrat passé entre le chirurgien et l'anesthésiste qui l'assiste. En effet, il ne faut pas oublier que les rapports contractuels sont triangulaires en cette matière (R. SAVATIER, note sous Paris, 14 février 1958, JCP 1958 II 10533). Si par hypothèse le malade a passé un contrat avec chaque médecin, les médecins ont également formé une convention pour déterminer leurs tâches respectives et préciser les conditions dans lesquelles ils vont intervenir au sein de l'équipe chirurgicale. Il est évident que le partage des tâches, et par suite l'éventuel partage des responsabilités — du reste inopposable au malade — peuvent varier pour chaque équipe. Quand les médecins ont l'habitude de travailler ensemble, généralement le chirurgien s'en remet entièrement à l'anesthésiste pour l'installation du malade, la préparation, l'exécution et la surveillance de l'anesthésie. En revanche, quand le chirurgien ne fait pas toujours appel au même anesthésiologue, il est normal qu'il débatte avec son équipier le choix du procédé d'anesthésie et qu'il contribue à en surveiller les effets. »

F. LEYMARIE (p. 39) rappelle enfin « qu'à de nombreux égards, l'anesthésie reste donc sous la dépendance de la chirurgie car, par essence, elle apparaît comme l'auxiliaire d'une thérapeutique principale de nature chirurgicale. C'est pourquoi même si l'anesthésiste a conclu directement un

B) Le droit suisse

En droit suisse, on pourrait aussi concevoir une responsabilité solidaire à raison de l'acte opératoire, en se fondant sur l'art. 51 CO ou sur les art. 143 ss. CO selon que l'on se trouve dans le domaine délictuel ou dans le domaine contractuel (24).

Ainsi, chaque fois que deux ou plusieurs membres de l'équipe chirurgicale ont causé le même dommage au patient, chaque fois que la faute commise est *indivisible*, le patient pourrait ouvrir action en réparation contre n'importe quel membre de l'équipe ou contre la clinique, quitte pour celui qui a réparé, à se retourner ensuite contre les autres auteurs du préjudice (25).

1) Sur le plan des *rapports externes*, chaque membre de l'équipe chirurgicale répondrait envers le lésé de la totalité du dommage (26); la victime détiendrait contre chaque débiteur une créance en réparation de l'intégralité du préjudice. En outre, la responsabilité des différents débiteurs étant engagée en vertu de causes ou de titres juridiques différents, il s'agirait naturellement d'une solidarité imparfaite (27).

contrat avec son patient, une responsabilité commune de l'anesthésiste et du chirurgien peut être retenue».

Cf. aussi LOMBARD, p. 96: «Nous pensons que nous nous trouvons en réalité en face d'une responsabilité originale, à mi-chemin entre la responsabilité individuelle et la responsabilité collective: la responsabilité d'équipe.

Elle devra être retenue chaque fois qu'un ouvrage, au sens juridique du mot, exige la participation de plusieurs spécialistes qui décident, choisissent, agissent ensemble dans la complémentarité de leurs disciplines respectives.»

(24) Sur les problèmes de la responsabilité solidaire, cf., entre autres: BECKER, ad art. 50, 51, 143 - 150 CO; OSER et SCHOENENBERGER, ad art. 50, 51, 143 - 150 CO; VON TUHR, par. 51, 89-92; VON BUEREN, pp. 65-66 et 88-106; OFTINGER, I, par. 10; P.-E. SCHATZMANN, La responsabilité plurale en matière d'actes illicites, thèse Genève, 1928; E. BEGUELIN, obligations solidaires, FJS 872 et 873; N. SBAI, La solidarité entre les débiteurs en droit suisse et français, thèse Genève, 1950.

Bernard CORBOZ, La distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite, thèse Genève, 1974; Emile MEYER, Essai sur la nature et les effets de la clause bénéficiaire. Etude des art. 76 à 86 de la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908, thèse Lausanne, 1959.

Voir aussi RO 89 II 118 = JdT 1964 I 426; RO 93 II 317 et 329 = JdT 1969 I 130 et 143.

(25) On pourrait également admettre, dans le cas où plusieurs des membres de l'équipe chirurgicale ont causé un même dommage, qu'il y a *causalité alternative* puisqu'on ne peut pas déterminer lequel de ces actes l'a causé. En principe, ni l'un ni l'autre des auteurs ne peuvent être rendus responsables, faute de preuve. Le TF, semble-t-il, retient ici la responsabilité solidaire des personnes qui sont impliquées dans le dommage. Cette responsabilité se justifie par la considération que, du fait de sa participation, chacun a contribué au dommage; il a, du moins d'une certaine manière, réalisé l'une des conditions du dommage d'où il résulte que le participant est responsable même lorsqu'il est établi qu'il n'a pas directement causé le préjudice (cf. VON TUHR, p. 79, chiffre 7c et DESCHENAUX et TERCIER, op.cit., p. 60).

(26) Cf. les arrêts cités à la note 24, supra.

CUENDET, p. 208, rappelle qu'il peut y avoir solidarité dans les obligations qui découlent d'un contrat ou dans celles qui relèvent de son inexécution.

(27) CUENDET, p. 210: «Lorsque plusieurs débiteurs non solidaires, engagés en vertu de contrats différents, causent un dommage, ils peuvent être tenus de réparer solidairement (solidarité imparfaite); ce sera le cas s'il y a eu faute commune ou s'il s'agit d'une prestation indivisible. En va-t-il autrement en matière délictuelle? Nous ne le pensons pas; comme l'a montré le Prof. GILLIARD, l'admission ou le refus de la solidarité, l'existence d'une solidarité parfaite ou imparfaite

La solidarité passive offre au lésé des avantages évidents; elle lui assure une situation aussi favorable que possible en vue de la réparation intégrale du dommage en le protégeant contre l'insolvabilité ou la disparition du débiteur; elle constitue une sûreté et facilite le recouvrement de la créance. La jurisprudence du Tribunal fédéral (28) met d'ailleurs l'accent sur la ratio legis de la solidarité parfaite ou imparfaite. En outre, le système permet surtout d'assurer la réparation du dommage quand l'existence de la faute est certaine, mais que la détermination de son auteur est difficile.

Il faut encore souligner que la notion de solidarité ne signifie pas que le dommage doive toujours être réparé en totalité. Les causes de réduction tirées de l'art. 44 CO subsistent, notamment le consentement du lésé, sa faute concomitante (29).

2) Sur le plan des *rapports internes*, le juge apprécie si les personnes responsables d'un même dommage possèdent un droit de recours les unes contre les autres; concernant la solidarité imparfaite, l'art. 51 CO institue une hiérarchie: la

dépendent de l'interdépendance ou au contraire de l'indépendance du dommage, et de la faute des responsables.»

Les titres juridiques différents dont nous parlons peuvent être plusieurs contrats. ENGEL (p. 381) donne l'exemple suivant: Une infirmière commet à l'égard de son malade une faute thérapeutique que le médecin n'empêche pas par défaut de surveillance.

Rappelons en effet que, généralement, le futur opéré conclut successivement trois contrats distincts dont découlent des obligations spécifiques:

a) un premier contrat avec *le chirurgien,* lors de la consultation;

b) un deuxième contrat avec *la clinique* lors de l'hospitalisation;

c) un troisième contrat avec *l'anesthésiste* lors de la visite pré-opératoire.

Les obligations particulières des trois débiteurs susmentionnés émanent donc de contrats indépendants. On ne saurait parler, à première vue, de responsabilité contractuelle solidaire même si, dans la pratique, les actions du chirurgien, de l'anesthésiste et des auxiliaires sont souvent si étroitement entremêlées qu'il devient difficile de déterminer, comme nous l'avons déjà vu, une faute certaine d'un des membres de l'équipe.

Les obligations découlant du contrat de soins ont été fixées par la jurisprudence vu que ce contrat est le plus souvent tacite. Seule la jurisprudence — à part une modification du CO naturellement — pourrait prévoir que les débiteurs principaux (chirurgien, clinique et anesthésiste) sont tenus d'une obligation solidaire de réparer le dommage causé par l'acte opératoire auquel ils ont participé.

Cf. RO 93 II 311 = JdT 1969 I 156: Responsabilité solidaire d'un entrepreneur et d'un architecte envers le maître de l'ouvrage en vertu de deux contrats différents (contrat d'entreprise et de mandat)

Cf. enfin. RO 89 II 415 = JdT 1964 I 431.

(28) Cf. RO 93 II 329, 333 = JdT 1969 I 130, 132; RO 93 II 317, 323 = JdT 1969 I 143. 148 et 149; RO 89 II 118, 123 = SJ 1964, pp. 4 et 9.

Le principe de la solidarité tend à assurer la répartition la plus complète, dans le seul intérêt du créancier. Ce principe souffre cependant des exceptions:

1) lorsque le fait d'un tiers rompt le lien de causalité entre l'acte du défendeur et le préjudice ou que celui-ci peut être attribué, pour des parts déterminées, à l'activité de chacune des personnes qui ont contribué à le causer (RO 68 II 369 = JdT 1943 I 466). En fait, il ne s'agit pas véritablement en l'occurence d'une exception; c'est la causalité adéquate qui fait défaut comme condition de la responsabilité civile;

2) dans la mesure seulement où la faute concurrente du tiers fait apparaître celle du défendeur comme moins grave (p.ex. lorsque la faute du tiers a influé sur la conduite du débiteur: RO 59 II 364 = JdT 1934 I 67);

3) si le tiers est en même temps l'auxiliaire du lésé dans le rapport contractuel existant entre celui-ci et l'auteur du dommage recherché (RO 95 II 43 = JdT 1970 I 66).

(29) ENGEL, p. 378.

réparation incombe d'abord à celui qui répond en vertu d'une responsabilité subjective, puis à celui qui est lié au débiteur par un contrat et enfin à celui dont la responsabilité est objective. Cependant, l'ordre fixé par l'art. 51, al. 2, CO n'est pas intangible; cette disposition légale ne donne que des indications dont le juge peut, le cas échéant, s'écarter (30).

A notre avis, la solidarité imparfaite constitue une figure de droit permettant de répondre aux deux préoccupations des tribunaux et des juristes concernant la responsabilité à raison de l'acte opératoire. Sur le plan externe, elle offrirait une meilleure garantie d'indemnisation au patient chaque fois que la détermination précise de l'auteur du dommage est difficile. Sur le plan interne, un tel système serait compatible avec l'autonomie juridique de chacun des membres de l'équipe grâce à l'existence d'actions récursoires.

C) L'assurance RC collective

La conclusion d'une assurance responsabilité civile par la clinique privée et par tous les médecins de l'équipe chirurgicale qui travaillent dans cet établissement pourrait également offrir une meilleure garantie juridique au patient. Cette formule est, à notre connaissance, inconnue en Suisse à l'heure actuelle; en revanche, elle existe en France, dans quelques cas isolés il est vrai.

Dans le domaine de la construction, on recourt fréquemment à cette solution: le maître de l'ouvrage, l'ingénieur-conseil, l'architecte, les entrepreneurs et leurs sous-traitants concluent parfois une assurance collective auprès de la même compagnie.

Dans le domaine qui nous intéresse, les primes seraient alors calculées en fonction du risque — présumé ou statistique — que chaque preneur d'assurance ferait courir au patient. En cas de dommage, la société d'assurance indemniserait le malade sans avoir à établir, au préalable, une répartition des responsabilités au sein de l'équipe. Un tel système accélérerait le processus d'indemnisation du patient; il offrirait à celui-ci une garantie sérieuse de trouver réparation assez rapidement et lui éviterait de rechercher qui il doit actionner en justice puisque tous les membres de l'équipe seraient assurés par la même compagnie. Il correspondrait en outre à la pratique puisque les litiges nés d'accidents dans le domaine chirurgical et imputés à plusieurs personnes finissent, presque toujours, par un duel entre compagnies d'assurances. Il ne faut cependant pas oublier qu'il y aurait là un problème délicat à résoudre pour les actuaires des sociétés d'assurances (31). Le manque de statistiques sérieuses et complètes nous empêchent de proposer une clé de répartition type des primes entre la clinique, le chirurgien et l'anesthésiste (32).

(30) Dans la pratique, les tribunaux suivent le plus souvent l'ordre fixé par l'art. 51, al. 2, CO; le Tribunal fédéral estime qu'il ne faut s'en écarter qu'avec la plus grande circonspection (SJ 1953, pp. 81, 85; RO 76 II, pp. 387, 392-393 = SJ 1951, pp. 262, 268).

(31) En effet, dans une clinique, il y a plusieurs équipes opératoires auxquelles l'anesthésiste participe. La détermination du risque et la fixation d'une prime ne seraient pas chose aisée.

(32) Cf. KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 740, note 304; ÇAKMUR, p. 51; Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial: la responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste), pp. 286 et 287.

Quatrième partie

L'acte médical normal et licite

Section 1. Généralités

Alors qu'au siècle dernier et encore au début du XX[e] siècle la jurisprudence ne tranchait que des questions secondaires (fautes grossières qui sautaient aux yeux de tous, abandon du patient, erreur dans la rédaction d'ordonnances, absence de consentement du malade, etc...), sans toucher au fond de la science médicale, les arrêts qui condamnent l'homme de l'art pour une faute lors de l'établissement du diagnostic ou dans l'administration de la thérapeutique sont devenus de plus en plus fréquents. Puis les tribunaux n'ont pas tardé à s'attaquer à l'essence même de l'acte médical (1).

En effet, la science a donné à la médecine et à la chirurgie des moyens d'action redoutables et des tentations plus grandes encore, que l'on pense aux greffes d'organes ou à l'insémination artificielle par exemple (2). Les conditions dans lesquelles se présentent ces actes médicaux, aux limites de ce qui est permis, posent des problèmes éthiques, sociaux, techniques et juridiques exceptionnellement ardus. La morale et le droit hésitent et cherchent leur voie dans ces terres inexplorées.

Il est certes souhaitable que le droit respecte le principe de la liberté de la thérapeutique et tienne compte de l'évolution des connaissances et de la nécessité du progrès. Il est cependant tout aussi nécessaire et urgent que le droit et la

(1) PHARAON, p. 134.
(2) Ibid., pp. 172 et 175.
Cf. aussi SAVATIER, Traité, p. 291; BOYER CHAMMARD, p. 11; BRUNHES, p. 214.

morale exercent leur contrôle sur ces pratiques nouvelles, fixent certaines règles, certaines limites et qu'ils préviennent ou sanctionnent des abus éventuels (3).

Les praticiens confrontés aux dilemmes que posent les possibilités techniques démesurées de la médecine moderne sont seuls devant leur conscience qui ne peut néanmoins plus tout résoudre. Ils souhaitent que le juriste leur vienne en aide, précise ce qui est licite et leur fournisse des critères permettant de prendre leurs décisions. Le droit doit aussi bien protéger les patients contre la témérité de certains praticiens que les médecins eux-mêmes contre les représailles parfois injustifiées des malades ou de leurs proches. Bref, il s'agit de définir quelles sont les conditions que doit remplir tout acte médical pour être licite (4).

La jurisprudence étrangère et la doctrine font çà et là des allusions à cette particularité de l'acte médical et se livrent à de timides analyses, souvent très fragmentaires, de son essence propre et de sa finalité. Regroupant ces éléments épars, y ajoutant les remarques de médecins ou de moralistes éminents ainsi que des observations et des arguments personnels, nous avons, dans cette quatrième partie, fait une brève analyse de l'acte médical; nous avons tenté d'apporter, en toute modestie, quelques idées constructives permettant d'esquisser une synthèse. Nous avons certes énoncé beaucoup de lieux communs, mais notre intention était de donner une unité logique, si possible rationnelle, à une matière qui se prête malheureusement assez mal à la systématisation (5).

Section 2. La nature particulière de l'acte médical

L'acte médical présente deux caractéristiques essentielles:

1) Par définition, *tout acte médical implique une atteinte sinon à l'intégrité corporelle, du moins à la liberté corporelle et à la sphère privée du patient* (6).

L'atteinte corporelle n'est qu'un moyen; c'est un sacrifice, un moindre mal qui sera — du moins on l'espère et on le présume — largement compensé par le but visé, par le résultat final (suppression d'une affection et amélioration de la santé) (7).

L'acte opératoire est en outre toujours une «agression» qui provoque chez le patient des perturbations physiologiques, biologiques et psychiques. L'orga-

(3) BRUNHES, p. 240.
MALHERBE, p. 57: «Ce n'est pas à la biologie de diriger le droit, mais au droit de diriger l'usage de la biologie.»

(4) Cf. KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 121.

(5) On reproche souvent au droit (davantage à la législation qu'à la jurisprudence) d'être toujours en retard sur l'évolution technique ou sociologique, ce qui est pourtant conforme à sa nature. La règle de droit exprime une réaction de la conscience sociale ou de la sensibilité morale devant les données de fait qui existaient au moment de son élaboration. Lorsque ces données ont évolué ou lorsque les innovations sont trop récentes pour être clairement perçues par la conscience sociale ou pour avoir occasionné une contribution judiciaire, la règle de droit ne s'adapte pas immédiatement à une situation nouvelle. Il appartient alors aux juristes de construire, à partir de textes souvent dépassés ou incomplets, mais en fonction des principes généraux du système juridique, le droit applicable aux problèmes qu'ils doivent résoudre.

(6) Cf. notamment KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 119.

(7) SAVATIER, Traité, p. 248.

nisme humain présente en effet un constant équilibre que l'acte opératoire perturbe (8). Si la fonction essentielle du chirurgien consiste à opérer son patient, sa mission, de nos jours, ne s'arrête pas là : son rôle ne saurait en effet se borner à un acte purement manuel et technique.

L'opérateur étend donc la notion de « guérison chirurgicale » non seulement au succès technique de l'opération en tant que telle, mais également au retour de l'équilibre physique et psychique du patient qui a été compromis aussi bien par la maladie que par l'intervention elle-même. Ainsi le chirurgien rétablit, dans la mesure du possible, le statu quo ante, compte tenu naturellement des modifications anatomiques et physiologiques résultant de l'opération (9).

L'acte anesthésique est également une « agression » puisque le malade accepte, pour une période limitée certes, de n'être qu'une « chose » entre les mains de l'équipe chirurgicale, en abdiquant toute conscience pour ce laps de temps. L'anesthésie mettant l'opéré en état de « mort-vivant » touche à la totalité corporelle et spirituelle de l'individu.

2) *La médecine est une science conjecturale ; l'aléa entoure toute thérapeutique et toute investigation ; chaque acte médical, même anodin, comporte un risque inhérent* qui se réalise de temps en temps, en vertu de la loi des probabilités (11).

(8) BOYER CHAMMARD, p. 155 : « Pour admirable que soit son art, le chirurgien ne peut être tout-puissant devant un malade physiquement diminué et techniquement dépendant. Au demeurant, les chirurgiens eux-mêmes sont d'accord pour reconnaître que l'acte chirurgical est un acte vulnérant qui fait courir au malade un risque, risque vital ou fonctionnel qui n'est jamais nul. »

R. LERICHE cité par KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 791-792 : « La chirurgie est toujours un acte contre nature. Même quand elle est bienfaisante, même quand elle fait reculer la mort, elle n'est pas sur le plan de la vie. Il n'y a nulle différence biologique entre l'effet d'un coup de couteau et l'effet d'un coup de bistouri ; des deux côtés, il se produit une catastrophe tissulaire qui n'est pas et ne peut pas être normale.

Les observations les plus récentes ont révélé une véritable chimie des tissus, un équilibre hormonal, toute une complexité physico-chimique insoupçonnée que l'opération chirurgicale vient obligatoirement bouleverser. Le moindre de nos gestes thérapeutiques, le plus insignifiant, a des conséquences biologiques importantes, provoquant des phénomènes chimiques complexes, des déséquilibres osmotiques, des déplacements leucocytaires, des actions vaso-motrices dont l'ensemble crée une véritable maladie, la maladie post-opératoire, le plus souvent inapparente, mais toujours réelle, parfois grave, quelquefois mortelle. »

« Complications des 24 premières heures post-opératoires », Travaux des Journées d'enseignement post-universitaire d'anesthésie et de réanimation, publiés par la Société française d'anesthésie, d'analgésie et de réanimation, Librairie Arnette, Paris 1975, p. 9 : « En effet, l'opéré subit une double agression :

— agression chirurgicale qui reste une agression physique avec son retentissement physiologique et biologique sur le fonctionnement des fonctions de l'individu (même si cette agression est à long terme bénéfique en permettant le retour à la normale d'une fonction perturbée) ;

— agression toxicologique en raison des différentes drogues injectées par l'anesthésiste, drogues qui perturbent les grands mécanismes neuro-hormonaux de l'individu. »

(9) KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 793-795.

(10) Cf., supra, 1re partie, chap. III, sect. 1.

(11) J. BERNARD, Grandeurs et tentations de la médecine, p. 43 : « Tout médicament actif est capable de provoquer incidents et accidents. Lorsque la maladie traitée est grave, ce risque est accepté. Il ne peut être totalement éliminé. Tout devient affaire de comparaison. » Cf. aussi pp. 52 et 58.

BRUNHES, p. 16 : « En médecine, les résultats espérés ne peuvent jamais être assurés avec une garantie absolue. Quelle que soit la science du médecin, quelle que soit son attention, le diagnostic présentera un certain degré d'incertitude qui, pour être souvent minime, n'en sera pas moins pré-

Statistiquement normal, admis, parfois même évaluable, le risque est imprévisible dans sa réalisation individuelle. Si, pour chaque patient, la probabilité de l'accident est généralement assez faible, elle devient en revanche une certitude pour chaque chirurgien qui, au cours de sa carrière, entreprendra souvent plusieurs milliers d'opérations (12).

C'est en principe au patient — et non au praticien — à supporter le risque inhérent à tout acte médical, dans la mesure toutefois où cet acte médical répond aux diverses conditions qui en font un acte normal et licite (13). Le médecin

sent. Quelle que soit la capacité du chirurgien, la thérapeutique qu'il mettra en œuvre présentera toujours un certain risque et une possibilité d'échec qui se traduiront nécessairement sur le plan physique.» Du même auteur, voir aussi: pp. 5, 14, 40, 42, 80, 177, 201, 209-210, 218, 222, 227 et 228.

KORNPROBST, Resp. du médecin: «La notion d'accident opératoire correspond à une réalité hélas beaucoup plus fréquente qu'on ne le croit, quelles que soient les précautions prises, quelles qu'aient été les réflexions, les méditations, les confrontations, les vérifications, les garanties; quelles que soient les éventualités auxquelles un chirurgien se soit préparé, il y a l'impondérable, il y a l'inconnu, il y a l'imprévisible, l'inévitable, l'irrésistible dont la réunion fait ce que l'on dénomme, en droit, la *force majeure*. Il y a la Fatalité qu'on voudrait détrôner, il y a la vie et la mort; il y a surtout qu'un chirurgien qui a consciemment fait tout ce qu'il a cru bon de faire, doit être protégé contre l'imputation intempestive, le plus souvent injuste et fausse de n'avoir pas réussi, d'avoir échoué là où un autre aurait triomphé.» Cf. encore pp. 211-212 et 216-220.

SAVATIER, Traité, p. 301: «La jurisprudence doit tenir compte de tout ce qu'il y a d'imprévisible dans les réactions d'un corps vivant. Cette imprévisibilité, quand elle existe, exonère le médecin.»

L. PORTES, «A la recherche d'une éthique médicale», p. 166: «Il est certain que le médecin connaît les données de la médecine, mais il n'en reste pas moins vrai que tout principe thérapeutique suppose dans son application de nombreuses nuances et que l'effet d'un tel procédé de traitement ou de telle intervention n'est pas nécessairement identique sur deux personnes.»

LOMBARD, p. 15: «Les techniques sont telles, aujourd'hui, qu'il est impossible au médecin le plus consciencieux, le plus intelligent, dans l'engrenage et la répétition des actes quotidiens qu'il doit accomplir, de ne pas commettre un jour quelque sottise... c'est l'accident de parcours.»

THILO, p. 30: «Des erreurs sont (en effet) inévitables étant données la nature complexe et conjecturale de la profession de médecin et les opinions divergentes que peuvent comporter les cas multiples et variés qui se présentent.»

THELIN, p. 21: «L'exercice de la médecine n'étant en réalité qu'une succession de risques plus ou moins heureusement courus, la profession de médecin est l'une des plus dangereuses.»

RO 57 II 202 = JdT 1932 I 78: «La science médicale — comme toute science humaine — n'est pas si parfaite qu'une erreur soit absolument exclue, même en cas d'examen consciencieux de la part de l'homme de l'art.»

RO 53 II 300: «La science médicale n'est pas infaillible. Le diagnostic n'est qu'une hypothèse que le médecin doit s'efforcer de choisir parmi les meilleures. Une erreur n'est pas absolument exclue, même si l'examen est fait consciencieusement par un praticien compétent.»

Cour d'Appel de Gand, 7e Chambre, 22 avril 1961, arrêt cité par DE VILLE DE GOYET, p. 39: «Attendu que dans la responsabilité médicale les tribunaux doivent se montrer très prudents, étant donné que même au cours d'un traitement médical consciencieux toutes les confusions ne peuvent être écartées»

Voir également POMMEROL, pp. 23-27; PHARAON, pp. 23-25; DEBRAY, p. 17; BOYER CHAMMARD, p. 106; DE VILLE DE GOYET, pp. 8 et 39; MALHERBE, p. 78; P. COCLE, «Influence des Juridictions disciplinaires dans l'évolution du Droit Médical», Gand Acta, p. 267; BAGLIN, pp. 15-16; KELLER, pp. 354 ss.; GAUTSCHI, pp. 309 et 376.

Cf., encore, Cour d'Appel de Paris, 5 juin 1962, JCP 1962 II 12089; Cass. 26 janvier 1970, Bull. cass., 1970,I N° 37, p. 28 et Cass. 9 mars 1971, Bull. crim. 1971, N° 78, p. 207.

(12) Cf. PHARAON, pp. 84, 131; DEBRAY, pp. 67-68; PENNEAU, Faute, erreur et responsabilité médicale, dans Instantanés médicaux, N° 1, janvier 1973, p. 20; BOYER CHAMMARD, p. 11.

devra notamment tout entreprendre pour réduire ce risque et mettre ainsi toutes les chances de son côté (14).

3) En droit suisse comme en droit français, à la différence du droit allemand, l'acte médical n'est pas présumé illicite. L'opération n'est pas une lésion corporelle, même si matériellement elle est vulnérante, parce qu'elle vise à supprimer une modification pré-existante d'origine pathologique (15). Comme le relève WAIBLINGER, « une intervention médicale dans l'intégrité corporelle à des fins de guérison ne constituerait pas plus une lésion corporelle que la réparation d'une chose mobilière ne serait un dommage à la propriété; la guérison d'une maladie n'est pas une lésion, mais un rétablissement du corps dans l'état où il doit être » (16).

Cependant, un acte médical quelconque n'est normal et licite que s'il répond à un certain nombre de conditions que nous allons maintenant énumérer et analyser brièvement (17). Ces conditions présentent chacune autant de limites à l'action du médecin; le défaut d'une seule d'entre elles ferait de l'acte médical un acte illicite, une lésion corporelle, ou constituerait la violation d'une obligation contractuelle (18).

(13) PHARAON, p. 54; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 438; du même auteur, Le contrat de soins, N° 230 et 231; SAVATIER, Traité, p. 301; MLAHERBE, p. 15.

Voir aussi, supra, 1re partie, Chap. III, sect. 2.

RO 70 II 207 = SJ 1945, pp. 197 ss.: « Le patient doit s'attendre à courir le risque d'un diagnostic inexact résultant de l'imperfection de la science humaine et de l'expérience humaine en général et de l'art médical en particulier. L'homme de l'art ne saurait garantir à coup sûr la guérison, ni exclure les risques plus ou moins grands inhérents à toute intervention. La chirurgie comporte nécessairement une certaine hardiesse, une certaine acceptation du risque. »

(14) MALHERBE, p. 78; BRUNHES, p. 98.

Cf. aussi PHARAON, p. 25; KORNPROBST, Le contrat de soins, N° 166; BOYER CHAMMARD, p. 106; ÇAKMUR, p. 33; GAUTSCHI, pp. 376, 386 et 649.

Cf. également, supra, 1re partie, chap. VII, note 142.

(15) BRUNHES, pp. 205-206: « Le droit allemand part de l'idée que chaque intervention médicale ou chirurgicale constitue en principe le délit de coups et blessures. Seul le consentement du malade donné en connaissance de cause est le fait justificatif ôtant à l'intervention médicale son caractère illicite.

Il s'agit d'une conception archaïque, comme l'a justement souligné le Prof. TUNC. »

(16) FJS, N° 1204, p. 14.

(17) Chacune de ces conditions figure soit dans un arrêt, soit dans la doctrine, soit encore dans un article de Code de déontologie. Nous avons tenté de résumer dans les quelques pages qui suivront les traits caractéristiques de l'acte médical licite et nous sollicitons la bienveillance du lecteur, vu ce qu'une telle synthèse a forcément d'inexact, d'approximatif et de superficiel.

(18) Cette liste de conditions n'a pas la prétention d'être exhaustive.

Il faut en outre signaler, avec certains auteurs (BRUNHES, pp. 45 et 80; KORNPROB ST, Resp. du médecin, p. 118; ENGEL, pp. 327 et 346) qu'il existe également des omissions, des abstentions thérapeutiques qui constituent une faute du médecin et engagent sa responsabilité.

Voir aussi THILO, p. 37.

Cf. enfin J.-J. MOSER, « De l'urgence parfois de ne rien faire » dans Médecine et Hygiène, 15 novembre 1954. L'auteur montre bien, en effet, que l'urgence en médecine n'implique pas qu'il faille immédiatement et obligatoirement faire quelque chose; elle signifie la nécessité de prendre tout de suite une décision. Cette décision peut être soit positive (il faut intervenir sans délai), soit négative.

Section 3. Les conditions de licéité de tout acte médical

A) La finalité de l'acte médical

1) *Le but curatif*

Tout acte médical doit viser un but thérapeutique raisonnable et légitime; il doit présenter un caractère de nécessité suffisante (19).

De nos jours, le but thérapeutique peut être strictement curatif (guérison du patient) ou prophylactique ou encore simplement palliatif, dans le cas d'une maladie chronique comme le diabète par exemple (20).

(19) BOYER CHAMMARD, pp. 124-125; KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 120-121, 483, 493-503; SAVATIER, Traité, p. 12; J.-P. DOLL, La discipline des greffes, des transplantations, pp. 85-87; KOHLHAAS, pp. 530-532; GAUTSCHI, p. 350; SJ 1934, pp. 1, 10.

J. BERNARD, op. cit., p. 159: «Le médecin doit diminuer les souffrances de l'homme et retarder sa mort. Les souffrances ne sont pas seulement les douleurs, mais aussi les faiblesses, les infirmités, toutes les entraves apportées par la maladie. Ainsi, le premier objectif est double: il ne suffit pas d'apaiser les douleurs, il faut aussi limiter les entraves, donner une vie normale.»

Jean HAMBURGER, p. 114: «En apparence, tout est simple. L'objet de la médecine est de prévenir et de guérir la maladie, d'atténuer les souffrances et d'empêcher les malades de mourir.»

SAVATIER, Traité, p. 291: «Le devoir primordial du médecin est de protéger la vie, la santé et, autant que cette santé le permet, l'intégrité corporelle de ses malades.»

ENGEL, p. 93: «La renonciation à l'intégrité corporelle n'est licite qu'à des fins curatives ou réparatrices.»

Cour d'Appel d'Aix, 22 octobre 1906, D. 1907.2. 41, note BERIGUHAE. Cour d'Appel de Lyon, 27 juin 1913, D. 1914.2.73; Cour d'Appel de Paris, 12 mars 1931, D. 1931.2.141; Cour d'Appel d'Angers, 11 avril 1946, JCP 1946 II 3163; Cour d'Appel de Bourges, 7 juin 1962, Gaz. Pal. 1962.2.191; Cass. Crim., 7 février 1963, Gaz.Pal. 1963.1.383.

(20) E.-C. BONARD, «La médecine de demain», dans Travaux du X^{e} Congrès médico-social protestant de langue française, Ed. Berger-Levrault, Paris 1974, p. 41:

«La lutte contre le cancer, plus particulièrement, fait prendre conscience des limites de la médecine contemporaine. Malgré les efforts conjugués des chirurgiens, des radiothérapeutes, des médecins, il n'est pas encore possible de guérir tous les cas de cancers. On découvre alors que la médecine pratique a, comme Janus, deux faces: il y a la médecine *curative* et la médecine *palliative*. Lorsqu'il n'est plus possible de guérir, il est encore possible d'aider et parfois d'aider beaucoup. Toutefois, le but ayant changé, l'attitude du médecin doit changer aussi. Soulager d'abord est la maxime qui l'inspire, cela implique une modification des relations médecin-malade, dont souvent ni l'un ni l'autre ne sont conscients. Le malade espère toujours la guérison — et le médecin donne le change, feint d'y croire ou parfois même est tellement pris par la lutte qu'il paraît croire vraiment à cette guérison.

Mais, outre le cancer, il y a d'immenses domaines où la médecine doit se contenter d'être palliative. Son action se résume à aider le malade et à éviter autant que possible une aggravation des troubles. C'est le cas du diabète, des rhumatismes, des affections du cœur, des atteintes du cerveau ou de la mœlle épinière... Dans ces maladies chroniques, importantes par leur fréquence et leur impact social, la médecine peut aider beaucoup.»

Dans le même sens, cf. J. BERNARD, p. 160.

Cf. encore SAVATIER, Traité, p. 12: «Les progrès de la biologie permettent aujourd'hui, souvent, de devancer la maladie, de prévenir le mal au lieu de chercher à le guérir. Et, sans doute, dans la prévention de la maladie, la pratique de l'hygiène n'est pas un acte médical; toutefois, chaque fois que la médecine préventive comprend, à côté de mesures extérieures, «des actes qui pénètrent le corps humain», tels que vaccinations, ces actes sont nécessairement des actes médicaux.»

Le but curatif peut être seulement indirect dans deux cas notamment:

a) l'atteinte à l'intégrité corporelle est justifiée par un but diagnostique: le praticien recherche une affection détectable uniquement grâce à une investigation chirurgicale (laparatomie exploratrice, biopsie, hystérosalpingographie, certains examens endoscopiques, etc...);

b) l'acte anesthésique n'a en vue qu'un but thérapeutique médiat.

La notion de but thérapeutique s'est considérablement étendue. On parle d'indication médico-sociale élargie (économique, psychologique, eugénique, éthique, humanitaire) justifiant certains actes médicaux comme l'interruption de grossesse, la stérilisation (21), etc...

L'atteinte à l'intégrité corporelle doit être entreprise pour le bien du patient : le médecin cause un mal pour éviter un mal plus grand. Tout acte médical doit donc demeurer subordonné à l'intérêt primordial sinon exclusif du patient ; un intérêt scientifique (expérimentation par exemple) ne suffit pas à justifier une atteinte à l'intégrité corporelle (22).

Certes la notion d'intérêt profond du malade est complexe, discutable et présente de multiples aspects. Le but curatif de l'acte médical peut être autant psychologique (chirurgie esthétique) ou moral (greffe du rein «ex vivo») que simplement physique (23).

2) *Le soulagement de la douleur*

La diminution des souffrances, de l'inconfort et de l'angoisse apportés par la maladie est un but subsidiaire du traitement qui peut justifier un acte médical, mais qui ne saurait l'emporter sur la vocation du médecin à sauvegarder d'abord la santé et la vie humaine (24).

3) *La préservation de la vie*

La vie du patient ne doit pas être mise en danger par un acte médical, surtout quand le but thérapeutique n'est pas impérieux (opération élective, chirurgie esthétique) ou quand il vise essentiellement à soulager la douleur.

La puissance des moyens actuels de réanimation permet de maintenir artificiellement une apparence de vie, une vie purement végétative. Or il n'est de vie

(21) Rappelons que selon l'OMS (Organisation Mondiale de la Santé), «la santé est un état de complet bien-être physique, mental et social et ne consiste pas seulement en une absence de maladie et d'infirmité».

(22) J. SAVATIER, Les greffes devant le droit, dans Cahiers Laënnec (Les greffes d'organes, 1966), p. 31 : «La personne humaine ne peut donc licitement consentir à des actes portant atteinte à son intégrité physique que si ces atteintes sont pour son bien, ce qui suppose normalement qu'elles aient pour elle un intérêt thérapeutique.»

Cour d'Appel de Paris, 11 mai 1937, Gaz.Pal. 1937.2.379 : «Une intervention médicale et chirurgicale ne doit jamais être motivée que par le seul intérêt du malade.»

Cf. encore GAUTSCHI, pp. 201 et 363 ; KORNPROBST, Resp. du médecin p. 493.

(23) KOHLHAAS, pp. 530-532 ; GAUTSCHI, p. 202 ; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 493 ; BOYER CHAMMARD, pp. 124-125 ; Cour d'Appel de Paris, 1er avril 1955, D. 1955.563, note Golléty ; Cour d'Appel de Bordeaux, 28 octobre 1963, arrêt cité par BOYER CHAMMARD, p. 151.

Le consentement du donneur, dans une greffe «ex vivo», a un caractère moral et non pas un but moral. Disons qu'il y a dans ce cas un but (la guérison du bénéficiaire), qui est physique, et une motivation éthique du donneur qui justifie une opération qui, évidemment, ne peut que compromettre la santé du donneur.

(24) Cour d'Appel de Bordeaux, arrêt cité à la note précédente : «Le devoir du médecin n'est pas seulement de prescrire le traitement le plus approprié mais aussi, et à défaut d'une guérison qui ne peut pas se produire, de soigner, d'assister, de soulager le malade et de tenter de le sauver.» KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 483 ; J. BERNARD, p.159 ; HAMBURGER, p. 114.

que neurologique et seule cette vie là mérite protection : par convention, la mort est la mort du cerveau (25).

4) *Le respect de la personnalité*

Toute thérapeutique risquant d'altérer ou de transformer profondément la personnalité du patient est critiquable. Celui-ci a droit au respect de son identité physique et spirituelle. Or, dans le traitement de certaines maladies, l'acte chirurgical implique parfois une mutilation grave, visible et définitive ou la privation d'une fonction qui peut être particulièrement pénible (perte de la voix dans les cancers du larynx) et qui peut nuire à la vie de relation du patient (cancer de la face, certains cancers ORL).

(25) J. BERNARD, p. 239: «Dès lors, affirmer la mort, c'est affirmer la mort du cerveau, l'arrêt irréversible des fonctions du cerveau. L'électro-encéphalogramme est tenu pour le témoin le plus fidèle de ces fonctions, de cette activité. Un tracé plat traduit l'arrêt de ces fonctions. Deux tracés plats affirment l'irréversibilité de l'arrêt, donc la mort.

Certes cette définition électrique a été critiquée. Des erreurs, des exceptions ont été signalées. D'autres techniques ont été proposées. Des progrès peuvent être raisonnablement espérés. Mais, en l'état actuel, les informations les plus vraies sont celles qu'apporte l'étude des tracés électriques (...) Le diagnostic immédiat et certain de la mort a pris une importance accrue avec le développement des greffes utilisant comme donneur un trépassé récent, comme greffon, le rein, le cœur, prélevés aussitôt après le décès. La mort doit être assurée, mais le délai entre la mort et le prélèvement doit être aussi court que possible.»

L'Académie Suisse des Sciences Médicales pour la définition et le diagnostic de la mort a donné, le 25 janvier 1969, les directives suivantes (ces directives sont l'œuvre d'une commission de médecins et de juristes qui comprenait notamment les Prof. Largiader, Nicole, E. Bucher, Graven et Hinderling):

1 — le développement des techniques de réanimation a rendu nécessaire une nouvelle définition des critères biologiques de la mort chez l'homme.

2 — Il est possible de suppléer chez l'homme la défaillance de la fonction respiratoire, par la respiration artificielle, et celle de la fonction cardiaque par le massage du cœur et des pompes circulatoires.

3 — Il n'existe aucun moyen de remédier à l'ensemble des conséquences d'une défaillance complète et irréversible des fonctions du cerveau. Une telle défaillance équivaut à la mort du cerveau. Elle conduit nécessairement à la mort du reste de l'organisme.

4 — Un être humain doit être considéré comme mort lorsque l'une des deux ou les deux conditions suivantes sont réalisées:
a) Arrêt cardiaque irréversible, entraînant l'interruption de la circulation sanguine dans l'organisme et par là-même dans le cerveau: mort cardio-circulatoire.
b) Défaillance complète et irréversible des fonctions ou mort du cerveau: mort cérébrale.

5 — La défaillance complète et irréversible des fonctions cérébrales doit être admise, malgré le maintien d'une une activité cardiaque, dans un organisme humain normo–, hyper– ou légèrement hypothermique (température corporelle non inférieure à 34^0 C) ne se trouvant pas en état de narcose ou d'intoxication aiguë lorsque des examens répétés révèlent la présence simultanée des symptômes ou signes suivants:
— Absence de réaction à toute stimulation sensorielle ou sensitive.
— Absence de respiration spontanée et de tout autre phénomène moteur spontané d'origine centrale au niveau des yeux, du visage, du voile du palais et du pharynx, du tronc et des membres.

Le médecin ne doit pas garder le respect absolu d'un principe vital intangible, mais « de la vie humaine considérée comme la vie d'un être constamment en relation qui doit pouvoir jouir d'un minimum de conditions lui assurant une existence digne et humaine », une certaine qualité de vie, ein lebenswertiges Leben (26).

B) L'objectivation des troubles du patient

Le médecin doit objectiver les troubles de la cénesthésie — les symptômes subjectifs de la maladie ressentis par le patient — en se fondant sur l'examen cli-

— Flacidité et aréflexie des membres.
— Dilatation pupillaire bilatérale avec absence de réaction à la lumière.
— Chute rapide de la tension artérielle dès que l'assistance circulatoire est interrompue.

Cette défaillance complète des fonctions cérébrales doit être assimilée à la mort du cerveau. Un électroencéphalogramme (E.E.G.) peut la confirmer et en fournir la preuve. Chez l'enfant en bas âge, il faut tenir compte des meilleures chances de récupération.

6 — Le cerveau doit être aussi considéré comme mort : — lorsque, dans un organisme normo-, hyper ou légèrement hypothermique (température corporelle non inférieure à 34^0 C), aucune activité métabolique cérébrale ne peut être constatée pendant 20 minutes au moins ;

— ou lorsqu'il est démontré sans équivoque, par un angiogramme carotidien, qu'aucun sang ne parvient plus au cerveau.

7 — Le moment du décès est celui de la mort cérébrale. Soit :

a) en cas d'arrêt cardio-circulatoire primaire, irréversible, le moment de l'apparition d'une dilatation pupillaire sans réaction à la lumière ;

b) en cas de mort cérébrale primaire, le moment de l'apparition de tous les symptômes de défaillance complète et irréversible des fonctions cérébrales.

8 — Seul un médecin (médecin traitant ou appelé après le décès) est habilité à constater le décès.

9 — Une fois survenue la mort cardio-circulatoire ou la mort cérébrale,

a) le médecin a le droit de suspendre définitivement la respiration artificielle et l'assistance circulatoire ;

b) le prélèvement d'organes en état de survie est autorisé.

10 — a) En dehors des cas de destruction évidente et complète du cerveau, la mort cérébrale doit être documentée par l'électroencéphalographie ou par la preuve de l'absence d'activité métabolique ou de circulation cérébrale (p.ex. au moyen d'une angiographie) avant le prélèvement d'organes à des fins de transplantations.

b) Lorsque, en cas de mort cérébrale primaire, le prélèvement d'organes est prévu à des fins de transplantation, le médecin doit, pour la constatation de la mort cérébrale, avoir recours à un neurologue ou un neurochirurgien et, pour l'interprétation de l'électroencéphalogramme, à un spécialiste compétent.

c) Les médecins qui constatent la mort cérébrale doivent être indépendants de l'équipe chargée de la transplantation.

Voir encore DOLL, op.cit., pp. 195 ss. ; HAMBURGER, pp. 17-25 et 115-125 ; MARCOUX, p. 95.

(26) J. BERNARD, p. 251 ss. ; BRUNHES, p. 40 ; BOYER CHAMMARD, p. 173 ; HAMBURGER, pp. 120-125 ; Rapport du X[e] Congrès médico-social protestant, p. 239 (cité, supra, note 20).

La chirurgie mutilante démesurée se trouve ainsi condamnée, du moins quand les chances de survie à long terme sont presque nulles. Certes, même dans ce cas limite, l'acte chirurgical vise un but thérapeutique en soi légitime ; cependant le patient une fois opéré sera tellement défiguré ou amoindri qu'il effraiera même ses proches ; une abstention thérapeutique sauvegarderait mieux l'intérêt profond du malade.

nique personnel du malade, et le cas échéant sur des examens techniques (laboratoire, radiologie), pour poser un diagnostic honnête et une indication valable et sérieuse. Le traitement prescrit doit être adapté à la situation concrète du patient; il doit donc viser le trouble dont souffre le malade ainsi que l'appareil concerné (27).

C) **Le consentement du patient** (28)

D'une manière générale, le médecin doit obtenir le consentement libre et éclairé du patient à tout acte médical.

Le consentement éclairé postule, comme corollaire, l'information du patient sur la nature et les risques du traitement. L'information sera «simple, approximative, intelligible et loyale» pour permettre au malade de prendre une décision valable. L'étendue de l'information sera en raison inverse de l'utilité ou de l'urgence que présente le traitement et en raison directe du risque qu'il comporte, de la force morale et de la capacité intellectuelle du malade.

D) **Les règles de l'art** (29)

L'acte entrepris en vue de guérir n'est un acte médical normal que s'il repose sur l'usage, au moins apparent, de connaissances biologiques unies à une technique appropriée.

L'acte médical doit être pratiqué avec bon sens, convenablement, selon les règles de l'art qui sont, selon le Tribunal fédéral, les règles établies par la science médicale et appliquées par les praticiens: les soins doivent ainsi être conformes aux données acquises et actuelles de la science.

E) **L'obligation de prudence et de diligence** (30)

La conduite du médecin doit rester assujettie aux règles générales de prudence et de diligence. Le praticien prend l'engagement de donner «des soins consciencieux et attentifs» et de se conformer à l'humanisme médical; il répond des conséquences de sa faute et non pas de celles de sa médication.

(27) GAUTSCHI, p. 201; KOHLHAAS, pp. 540-541; DESCHENAUX, La responsabilité civile du médecin et de ses auxiliaires, dans Bull. des médecins suisses, N° 26, du 28 juin 1972, pp. 867, ch. 212.

KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 366: «Le spécialiste auquel un confrère envoie un patient doit vérifier le diagnostic posé par le premier médecin ainsi que l'indication.»

(28) Cf., supra, 1re partie, Chap. III. Nous nous sommes déjà suffisamment étendu sur la notion de consentement pour ne plus y revenir ici.

(29) Cf., supra, 1re partie, Chap. IV, note 26 et Chap. VII, Sect. 3.

Cf. encore SAVATIER, Traité, pp. 11 et 12, note 3; KORNPROBST, Resp. du médecin, p. 121.; GAUTSCHI, p. 177; MUSTAFA, p.112.

(30) Cf., supra, 1re partie, Chap. IV, Sect. 3 et chap. VII, Sect. 2.

F) **Le principe de la proportionnalité** (31)

La médecine actuelle dispose de moyens d'action puissants; aussi le principe de la proportionnalité est-il devenu l'une des règles fondamentales de la responsabilité médicale aux yeux de la doctrine et de la jurisprudence.

Le médecin doit comparer et mettre en balance:

1) le bienfait escompté de la thérapeutique qu'il souhaite appliquer;
2) le risque que ce traitement fait courir au patient;
3) le danger spontané de l'évolution de la situation pathologique en cas d'abstention thérapeutique.

(31) Cf. BRUNHES, p. 5: « Toute la technique et l'expérience médicales servent à mettre en balance le risque de chaque produit en fonction du danger de la maladie et de l'efficacité du médicament. »

Du même auteur, pp. 79-80: « Balancer entre le risque et l'efficacité d'une action thérapeutique n'est pas un problème nouveau. Les chirurgiens le connaissent de longue date. Ce qui est nouveau, c'est que la médecine tout entière se trouve peu à peu pénétrée de ce problème. »

MALHERBE, p. 92: « Ne pas entreprendre un traitement ou procéder à une intervention si les risques qui vont être courus par le patient ne sont pas justifiés par l'amélioration susceptible d'être apportée à son état. »

HAMBURGER, Rapport au 2e Congrès international de morale médicale, p. 298: « Il faut dans chaque occasion évaluer au plus juste le poids respectif du risque thérapeutique et du risque de l'abstention thérapeutique: si le pronostic spontané de la maladie comporte une probabilité de mort de 90%, alors que la probabilité d'un accident dû au traitement est inférieur à 10%, l'hésitation n'est pas permise. La règle est simple; aucune action thérapeutique n'est acceptable si les dangers propres ne sont pas notablement inférieurs aux dangers spontanés de la situation pathologique. Un corollaire s'en suit aussitôt: aucun traitement comportant un risque mortel, ce risque fût-il faible, n'est admissible dans une maladie constamment bénigne... »

MALHERBE, p. 114, note 8: « Un chirurgien ne peut pratiquer une opération que si elle offre des chances sérieuses de succès. La question se pose naturellement pour la greffe du cœur et la réponse est délicate en raison du caractère aléatoire de l'intervention. Mais le fait que celle-ci ait déjà réussi, ou du moins ait procuré un gain appréciable de survie, malgré le nombre relativement élevé d'échecs, la rend licite si tous les autres moyens ont échoué et si, malgré les risques et en pleine conscience, l'intéressé exprime la volonté de s'y soumettre. »

BOYER CHAMMARD, pp. 11-12: « Actuellement, l'acceptation du risque thérapeutique est couramment admise par le corps médical. Ce risque, soigneusement déterminé, est mis en balance avec la gravité de l'affection à soigner et les chances de guérison. Le médecin doit en effet se décider en fonction de l'équilibre à trouver entre les différents dangers auxquels le malade doit faire face (aussi bien du côté de la maladie que du côté du traitement envisagé) et l'avantage escompté de la thérapeutique à mettre en œuvre. En effet, si l'on peut prendre d'autant plus de risques que l'on a moins à perdre, encore faut-il que l'on puisse raisonnablement espérer gagner. » Cf. aussi du même auteur, p. 124.

Cour d'Appel de Lyon, 27 mai 1936, Gaz.Pal. 1936.2.428: « La disproportion manifestement trop grande entre le risque encouru et l'avantage poursuivi permet de considérer que le chirurgien qui n'en tient pas compte dans le traitement ou l'opération qu'il pratique commet une faute. »

Cass.crim, 1er juillet 1936, S.1938.1.193: « Le consentement du malade à subir l'atteinte corporelle constitutive du délit ne justifie pas le médecin si le risque était notoirement disproportionné aux avantages espérés par le malade. »

Cour d'Appel de Paris, 13 janvier 1959, JCP 1959.II.11141, note R. SAVATIER: « Il ne faut pas faire courir au patient un risque sans proportion avec les avantages escomptés. »

Cour d'Appel de Paris, arrêt du 20 juin 1960, cité par MALHERBE, p. 93: « Il faut mettre en balance les risques de l'intervention avec la nécessité thérapeutique qui l'impose ou l'utilité quelconque pour la santé de l'opéré. »

Cf. enfin Cass. 28 décembre 1954, D.1955.249, note R. SAVATIER; Cour d'Appel de Paris, 5 juin 1962, JCP 1962.II.12089; Trib. Gd. Inst. de Lille, 5 octobre 1962, jugement cité par BRUNHES, p. 41, note 62.

G) **L'ordre public et les bonnes mœurs** (32)

L'acte médical ne doit pas constituer une atteinte à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou aux droits de la personnalité qui tracent notamment les limites à la liberté de chacun de disposer de son corps.

H) **L'indépendance du médecin** (33)

La liberté thérapeutique doit garantir l'indépendance du médecin, c'est-à-dire l'absence de toute subordination technique, morale et financière du praticien. Une dépendance quelconque du médecin qui conseille ou qui soigne est inacceptable, car ce serait immédiatement l'imposture.

L'indépendance est d'abord un comportement du praticien qui doit offrir toute garantie au malade; c'est donc davantage un droit du patient qu'un privilège du médecin.

Ainsi le praticien doit résister à toute pression d'où qu'elle vienne (familiale, hiérarchique, patronale, étatique, idéologique, etc...) et à toute pulsion personnelle (préjugé, antipathie).

I) **L'acte médical doit être pratiqué par un médecin diplômé** (34)

Nul autre que le médecin (ou tout autre thérapeute agréé) n'est autorisé à poser un diagnostic et à appliquer un traitement hormis le cas d'extrême urgence ou de nécessité absolue.

(32) Cf. art. 19, al. 2, et 20, al. 1, CO.

Voir aussi, supra 1re partie, Chap. II, Sect. 3, ainsi que les notes 39-48.

(33) Cf., supra, 1re partie, chap. I, Sect. 3, pp. 36-38 et chap. IX, Sect.7, litt. F.

KORNPROBST, Le contrat de soins, Nº 191: «L'indépendance du médecin devient essentiellement une certaine attitude scientifique et morale».

BOYER CHAMMARD, p. 171: «Le caractère libéral de la médecine n'est pas un succédané du libéralisme économique... il signifie que l'exercice de la profession médicale, à quelque niveau que ce soit, n'est en aucune façon compatible avec un lien quelconque, de subordination vis-à-vis d'en employeur qui lui soit étranger, avec un contrat de travail et que la soumission à une hiérarchie verticale de type administratif lui est interdite. Les médecins ne peuvent renoncer à ce libéralisme-là. Seul le talent, le mérite et les travaux justifient à leurs yeux une autorité quelconque. En ce sens, leur indépendance est bien *un droit du malade*, comme le dit le Prof. de Vernejoul et met l'accent sur la valeur du contact humain désintéressé, appelé à persister quelles que soient les circonstances...».

Voir aussi DEBRAY, p. 91; PHARAON, p. 38.

(34) Cf. SAVATIER, Traité, p. 12: «Tout acte pénétrant gravement le corps humain ou lui infligeant une lésion doit être réservé au médecin ou aux auxiliaires guidés par lui... Ainsi, le nœud de l'acte médical tend à se déplacer. Il ne serait plus essentiellement l'art de guérir mais, de plus en plus, il se rattacherait au privilège de travailler à même le corps humain». Puis l'auteur ajoute à la page 42: «Le monopole médical réserve aux personnes qui ont le droit d'exercer la médecine l'activité habituelle, ou par direction suivie, consistant en l'établissement d'un diagnostic ou la participation au traitement de maladies ou affections chirurgicales, congénitales ou acquises, réelles ou supposées, par actes personnels, consultations verbales ou écrites, ou tous autres procédés quels qu'ils soient». SAVATIER note encore à la page 59: «La loi du 30 novembre 1892 excluait l'application des peines de l'exercice illégal aux personnes qu'une *urgence avérée* a conduites à accomplir des actes réservés aux médecins. Ce principe doit être considéré comme toujours valable; s'il y a danger à attendre l'arrivée d'un médecin, l'intervention d'une personne quelconque doit être considérée comme

J) **Le secret médical** (35)

Pour établir son diagnostic et poser une indication, le médecin est contraint de procéder à une investigation physique ou psychique étendue sur la personne de son patient dont il est, par la force des choses, un confident nécessaire. L'acte médical doit donc être entouré du secret professionnel.

Section 4. La décision médicale

Le médecin ressent l'aléa et le risque inhérents à tout acte médical comme une limite à son action. Cet *indéterminé technique* (36) est un paramètre essentiel et incompressible de la décision médicale. Mais les difficultés de la décision ne sont pas seulement d'ordre technique. L'évolution et les progrès de la médecine créent des situations nouvelles; beaucoup de découvertes médicales débouchent sur des problèmes éthiques jusqu'alors inconnus, qu'aucune technique ne peut

d'autant plus licite que l'article 63 du Code pénal pourrait, dans certains cas, s'appliquer à l'abstention. Il faut cependant que les soins donnés se limitent à ce qui était nécessaire et ne se prolongent pas inutilement.»

Comme on le verra, cette solution a exceptionnellement été appliquée à des guérisseurs ayant donné des soins à des personnes en péril imminent de mort, qui n'avaient aucun secours à attendre de la science médicale.

ENGEL, p. 192: «L'acte médical est licite s'il émane d'un médecin autorisé, illicite pour une personne qui ne l'est pas.»

GRAVEN, op.cit., p. 1733: «On entend par *médecin*, formellement, le titulaire d'un diplôme de médecine, suisse ou étranger et, matériellement, toutes personnes ainsi diplômée qui exerce une activité de nature médicale, consistant notamment à examiner, expertiser ou traiter l'état physique ou mental de personnes humaines, de mettre des enfants au monde ou de pratiquer des autopsies.

Voir, enfin, KORNPROBST, Resp. du médecin, pp. 119-120; GAUTSCHI, p. 380.

(35) Cf., supra, 1re partie, Chap. IV, Sect. 4.

(36) Cf. HAMBURGER, p. 101, qui ajoute encore: «Les difficultés techniques se résument toutes comme suit: il s'agit de prendre des décisions où peut se jouer la vie du malade, alors que nos moyens et connaissances fournissent des éléments insuffisants pour un jugement assuré. Des exemples de ces difficultés de la décision ont été fournis au chapitre précédent. L'ingénieur qui construit un pont *connaît* la résistance des matériaux qu'il emploie. Le pilote d'avion peut *calculer* le rayon d'action de son appareil et décider s'il peut aller sans escale de Paris à Naples. Au contraire, neuf fois sur dix, le médecin fonde sa décision sur des probabilités, et non des certitudes; bien plus, il ne possède généralement pas toujours les données qui permettraient une évaluation rigoureuse des probabilités.»

Certes, depuis la fin du XIXe siècle, la médecine a fait de grands progrès. Le praticien d'aujourd'hui est beaucoup plus maître de sa science que celui d'il y a un siècle, notamment grâce à la multiplication des procédés d'investigation de plus en plus précis et de techniques éprouvées. Autrefois, le scepticisme thérapeutique était courant et normal; les produits actifs susceptibles de provoquer des accidents étaient rares et peu employés. L'évolution naturelle d'une maladie contre laquelle le médecin d'antan ne pouvait rien — et on le savait — était considérée comme une fatalité. Le praticien se contentait d'observer les symptômes (qu'on pense simplement à la méningite ou à la tuberculose). Aujourd'hui, le médecin tente une action; le résultat négatif, s'il se produit quand même, sera souvent imputé à faute par le patient du moment que le médecin est intervenu dans un processus alors qu'auparavant il s'abstenait: la mort n'est plus considérée comme naturelle mais comme un échec à la médecine sinon au médecin. La situation est d'autant plus critique si le patient perd la vie en raison directe de l'intervention du praticien alors que sa maladie présentait un risque limité ou même très faible (cf. DEBRAY, p. 68; BOYER CHAMMARD, pp. 11, 130-131).

trancher, mais qui relèvent de la conception que le médecin se fait de la personne humaine (37).

Comme nous l'avons déjà vu à la section précédente, l'acte médical vise un certain nombre de buts. Dans la pratique quotidienne, il arrive que ces valeurs se contredisent et soient conflictuelles ; il sera alors difficile de discerner à laquelle il convient de donner la préférence ou jusqu'à quel point il faut établir un compromis entre elles ; c'est *l'indéterminé moral* (38).

Or, malgré l'indéterminé technique et moral, le médecin ne peut tergiverser ; il doit agir, souvent agir vite et prendre une décision où peut se jouer la vie du malade. Lorsque la décision est difficile à prendre, la pratique enseigne que c'est presque toujours le médecin qui devra finalement trancher, malgré le principe du consentement nécessaire du patient ; en effet, la plupart du temps, le malade donne carte blanche au praticien. Ainsi, ce dernier se sent terriblement seul face à certaines décisions à une époque où, par exemple, les progrès de la science ont reculé les limites de la vie sans pour autant améliorer toujours les conditions de la survie.

Il semble que la seule conscience de l'homme de l'art ne suffise plus à tout résoudre. Aussi beaucoup de médecins se tournent-ils vers le moraliste pour qu'il leur indique la voie à suivre ou vers le juriste afin qu'il élabore une loi capable de diriger leurs gestes et de les justifier en fixant des bornes à ne pas dépasser (39).

Le praticien s'égare s'il pense pouvoir obtenir des règles morales auxquelles il pourrait se référer en permanence. Une telle doctrine, officialisée, serait marquée par un certain caractère religieux, politique ou social et ne saurait recueillir l'adhésion de tous.

(37) HAMBURGER, pp. 104-105 : « De tels choix ne sont pas purement techniques. La réponse du praticien ne peut être trouvée dans les livres. Le mobile qui animera cette réponse ne peut être qu'intime, guidé par l'image que le médecin s'est fait de lui-même du monde des hommes, de la relation médecin-malade, de la responsabilité médicale et, finalement, de l'ensemble des règles de conduite que les hommes appellent la *morale*. Ces desseins, (qui) forment les critères de la décision médicale. Qu'il nous suffise ici de noter que pareils problèmes se rencontrent aujourd'hui dans tous les domaines de la médecine. Par un apparent paradoxe, ils envahissent davantage la médecine à mesure que celle-ci progresse. Plus les moyens de guérir sont puissants, plus les difficultés de décision augmentent. Plus elles exigent du médecin, par conséquent, des qualités d'homme d'action, une pensée maîtresse d'elle-même, juste, lucide et raisonnable. »

(38) Cf. HAMBURGER, p. 102, qui cite en outre le cas du tremblement de terre d'Agadir qui avait amené l'évacuation dans son service de quelques-uns des blessés les plus sérieusement atteints. Pour chacun d'entre eux, il fallut choisir entre une amputation précoce des membres broyés et un certain risque vital si l'on n'intervenait pas : doit-on amputer les deux membres inférieurs d'un homme de vingt ans, sachant que, si on l'ampute, il a cent chances sur cent de survivre et quatre-vingts chances sur cent seulement si on ne l'ampute pas ?

(39) Il aurait été peut-être souhaitable d'étudier certains actes médicaux particuliers qui se situent à la limite de ce qui est licite. Ainsi en est-il notamment de la greffe d'organes, du changement de sexe, de l'acharnement thérapeutique, de l'euthanasie, de la chirurgie hautement mutilante. Mais, outre qu'il serait trop long d'en traiter dans le cadre du présent ouvrage, notre droit privé ne paraît pas suffisamment armé pour résoudre ces difficultés, qu'il ne pourrait surmonter qu'au prix de complexes constructions jurisprudentielles et qui, en attendant, sont surtout placées sous l'emprise du droit public. Nous renvoyons le lecteur intéressé à la bibliographie que nous avons établie av ant d'entreprendre la rédaction du texte définitif de notre ouvrage.

La position du médecin restera toujours inconfortable car le juriste ou le moraliste ne peuvent lui offrir en cette matière délicate et complexe — où il faut redouter tout schématisme — qu'un ensemble de directives générales sans lui fournir de recettes précises pour chaque cas particulier (40).

Nous ne pouvons mieux faire que conclure notre thèse en citant les considérations du Prof. V. IANKELEVITCH, titulaire de la Chaire de Morale à la Sorbonne, en réponse aux questions que se posait le Prof. HAMBURGER (41):

« Je comprends les cas de conscience que pose au médecin l'accroissement de son pouvoir. Mais le moraliste ne peut guère l'aider. Le choix du médecin souffre d'une tare originelle: il porte sur des données moralement incommensurables et de nature différente. Choisir entre le risque encouru par un donneur qui cède son rein et le prix de la vie du receveur, entre la vie de l'enfant qui va naître et le risque auquel est exposé la mère, entre le danger de mort d'une action audacieuse et la promesse à terme d'une lente agonie, aucun de ces choix n'est par définition un problème de morale. La casuistique médicale est de nature telle que les principes de la morale ne suffisent pas, dans la plupart des cas, à dicter la décision du médecin. Bref, la morale telle que la conçoivent aujourd'hui les philosophes ne peut quasiment rien pour le médecin. »

(40) DEBRAY, p. 78: « Aucun organisme, aucune personne ne peut le couvrir en lui interdisant ou en lui autorisant telle ou telle attitude. L'opinion de ses pairs peut lui servir de mesure. Elle ne peut lui être imposée comme une règle absolue... Mais il n'en est pas moins vrai que des confrontations comme celles du Congrès de 1955, faites non seulement entre médecins de toutes disciplines, mais également avec le concours de moralistes, de philosophes et de juristes, contribuent non seulement à informer sainement l'opinion, mais aussi — et surtout — à promouvoir une réflexion commune *pouvant servir de mesure*.

« La morale chirurgicale ne se codifie pas » a écrit Jean Gosset. Mais il ajoute aussi : « On peut tout de même définir et énumérer ».

Nous pensons pour notre part que ces définitions, énumérations et confrontations seront de plus en plus utiles, et même nécessaires, étant donné l'évolution et les progrès de la médecine et de la chirurgie.

(41) Op.cit., pp. 124-125.

BIBLIOGRAPHIE

A.R. ABDEL-WAHAB. Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle en droit français et en droit suisse. *Thèse Genève, 1963.*

G. ABDULRAHMAN-NAJI. Le préjudice moral et sa réparation en droit suisse. *Thèse Genève, 1970.*

A. ABÉCASSIS. Que doit-on entendre par «opération chirurgicale»? *Dans Presse Médicale, 1938, p. 781 ou Ann. méd. lég., 1938, p. 380.*

B. ABEL. La responsabilité civile des médecins. *Thèse Nancy, 1936.*

H.K. AEBI. Der Begriff des Verschuldens im Privatrecht und im Strafrecht. *Thèse Zurich, 1957.*

A. AFFOLTER. Arzt und Patient. *Dans SJZ 28, vol. 32, pp. 356 ss.*

R. ALFIERI. Les explosions anesthésiques. *Arnette édit., Paris 1958* (Acta Institut Anesthesiol.)

Cl. d'ALLAINES. Histoire de la chirurgie. *P.U.F., Paris 1967.*

J.-P. ALMÉRAS. Dossiers médicaux et secret professionnel. *Dans le Courrier Médical, N° 51, le 19 décembre 1970.*

J. AMBIALET. La notion d'équipe est-elle dépassée? *Dans Anesthésiologie: Bulletin syndical national des anesthésiologistes français, décembre 1955, N° 10, p. 31.*

J. AMBIALET. Responsabilité du fait d'autrui en Droit médical. *Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1965.*

J. AMBIALET. La responsabilité de l'anesthésiologue. *Dans Anesthésie, Analgésie, Réanimation — Masson 1966, 23, XV^e Congrès français d'anesthésie-réanimation, pp. 688-724.*

L.G. AMIOT. Anesthésie locale, régionale et rachidienne. *Dans Encyclopédie médico-chirurgicale, 4-1958, N° 36505 A₁₀, pp. 1 ss.*

R. AMSLER. Le médecin et le public si avide de connaissances médicales. *Dans le Concours médical, 30 juin 1956, p. 3053.*

R. ANDRÉ, B. DREYFUS et Ch. SALMON. Incidents et accidents de la transfusion sanguine. *Masson, Paris 1956.*

K. APPERT. Secret médical et mass media. *Dans Bulletin des médecins suisses, N° 19, du 8 mai 1974, pp. 720-725.*

K. APPERT. Le secret médical et l'ordinateur en médecine. *Dans Bulletin des médecins suisses, N° 19, du 8 mai 1974, pp. 711-715.*

J. APPLETON et SALAMA. Le droit médical. *2^e éd., Paris 1938.*

E. ARENDT. La responsabilité médicale et l'assurance-maladie au Grand-Duché du Luxembourg. *2^e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Communications compte-rendu, p. 112.*

M. H. ARMSTRONG-DAVIDSON. Les accidents de l'anesthésie. *Dans Cahier Anesth., mars-avril 1957, 4, N° 6, p. 469.*

J.-M. AUBY. La responsabilité civile et pénale en cas d'expérimentation sur l'homme. *Dans «L'expérimentation humaine en médecine», Centre d'études Laënnec, P. Lethielleux, 1952.*

H. BAECHLER. Ueber den Beizug eines Dritten durch den Beauftragten. *Thèse Berne, 1960.*

P.R. BAGLIN. Le risque professionnel médical et sa garantie. *Imprimerie graphique, Paris 1931.*

M. BALINT. Le médecin, son malade et la maladie. *P.U.F., Paris 1960*

E. BARDE. A propos de la théorie du risque inhérent. *Dans SJ 1942, pp. 589-591.*

J. BARDOUL. Médecins et cliniques. *Thèse Paris, 1950 (Dalloz éd., 1951)*

H. BARTH. Ueber einige Fremdkörperverletzungen der Speiseröhre unter besonderer Berücksichtigung der Kunstfehlerfrage. *Dans Deutsche med. Wschr., 1938, 11, 1148.*

H. BARUK. Les problèmes nouveaux de l'éthique médicale. *Dans La Presse Médicale, 12 novembre 1952, 60, N° 72, p. 1544.*

E. BATTAGLINI. Colpa professionale. Commento a sentenza. *Dans Giust. pen. II, col. 303, 1952.*

E. BATTAGLINI. La colpa professionale dei sanitari. *Dans Giust.Pen., 1953, II, 305.*

B. BAUDELOT. L'évolution juridique. L'art médical et le droit pénal. *Gaz.Pal. 1950,1, Doctr., p. 38.*

G. BAUDRAND. La chirurgie esthétique. *Paris, 1926.*

J. BAUMANN. Considérations sur le statut de l'anesthésiologie. *Dans Anesthésiologie et Analgésie, juin 1950, T. VII, N° 3, pp. 306-313.*

J. BAUMANN. Plan pour une étude conjointe par les chirurgiens et les anesthésiologistes du facteur anesthésique dans la mortalité opératoire. *Dans Anesthésiologie, Analgésie et Réanimation, janvier-février 1957, T. XIV, N° 1, pp. 135-143.*

J. BAUMANN. Les risques vitaux de l'anesthésie générale. *Dans Cahiers d'anesthésiologie, T. 23, N° 3, 1975, pp. 303 ss.*

J. BAUMANN. Complications de l'anesthésie locale. *Dans Encyclopédie médico-chirurgicale 4-1958, N° 36520 A₁₀, pp. 1 ss.*

J. BAUMANN. Histoire moderne et évolution de l'anesthésie. *Dans Encyclopédie médico-chirurgicale, 10-1970, N° 36010 A₁₀, pp. 1 ss.*

J. B AUMANN et Guy VOURCH. La mortalité de l'anesthésie générale. Ouverture d'un registre des morts anesthésiques à l'Institut d'anesthésiologie. *Bull. et Mém. Acad. de méd. 1968, 152, p. 297-302.*

H. BECKER. Obligationenrecht. Abt. I: Allgemeine Bestimmungen (Art. 1-183). *2. Auflage Bern Stämpfli, 1934-1941 (Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI).*

H. BECKER. Obligationenrecht. Abt. II: Die einzelnen Vertragsverhältnisse (Art. 184-551). *Bern, 1934-1941 (Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI).*

E. BECQUÉ. De la responsabilité du fait d'autrui en matière contractuelle. *Dans Rev.trim. de droit civil, T. 13, 1914, pp. 251 ss.*

H.H. BEECHER et D.P. TODD. A study of deaths associated with anesthesia and surgery. *Ann. Surg. 1954, 140.2.*

E. BÉGUELIN. Contrat — Généralités. *Dans FJS 89a.*

E. BÉGUELIN. Stipulation pour autrui. *Dans FJS 770.*

E. BÉGUELIN. Obligations solidaires. *Dans FJS 872 et 873.*

E. BÉGUELIN — P. CORNIOLEY. Vices du consentement. *Dans FJS 266-267.*

P. BELOT. Responsabilité et indépendance. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Communications compte-rendu, p. 255.*

J. BERNARD. Progrès de la médecine et responsabilité du médecin. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Rapports, p. 261 et aussi Supplément de la Revue du Praticien, 21 juin 1966, 18, XVI, 1-10.*

J. BERNARD. Progrès de la médecine et responsabilité du médecin. *Rev. Prat. (suppl.), 21 juin 1966, 16, N° 18, pp. 1-10.*

J. BERNARD. Grandeur et tentation de la médecine. *Ed. Buchet/Chastel, Paris 1973.*

R. BERNHARD. Aktenbeschlagnahme im Prozess und Berufsheimnis. *Dans Bulletin des médecins suisses, N° 22, du 4 juin 1975, pp. 846-847.*

R. BERNHARD. Aerztliche Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit bedürfen der gemeingültigen Rechtfertigungsgründe. — Kunstgerechtigkeit und medizinische Angezeigtheit genügen dem Bundesgerichte nicht — *Bull. méd. suisses N° 1, du 7 janvier 1976, p. 24.*

B. BESSERVE. Le contrat médical. *Thèse Paris, 1956.*
R. BESSERVE. De quelques difficultés soulevées par le contrat médical. *Dans JCP 1956.1.1309.*
A.G. BEZZOLA. La responsabilité du débiteur à raison du dommage causé par ses auxiliaires dans l'exécution d'une obligation (art. 101 CO) *Thèse Genève, 1937.*
W. BIRKENFELD. Schädigungen nach Glutäleinspritzungen. *Dans Med. Klinik, 1938, II, 903.*
Ch. BLAEVOËT. De l'anormal devant les hautes juridictions civiles et administratives. *Dans JCP 1946.1.560.*
H.W. BLASS. Die Berufsgeheimhaltungspflicht der Aerzte, Apotheker und Rechtsanwälte. *Thèse Zurich, 1944.*
Ch. BLONDEL. Raison d'être d'une déontologie professionnelle. *Aux Informations sociales, 1951, p. 633.*
Ch. BLONDEL, R.-J. BROCARD, J.-P. CARLOTTI, F. LHERMITTE, G. SAINT-MARTIN. La responsabilité sociale, économique et civique du médecin. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Rapports, p. 205.*
M. BLONDET. Cas de conscience en matière de secret médical. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Communications compte-rendu, p. 142.*
S. BLONDIN. L'acte chirurgical. *Libr. Hachette, Paris 1972.*
H. BLUMER. Die Haftung für Schädigungen durch unbewegliche Sachen (Frankreich, Italien, Deutschland, Schweiz). *Thèse Zurich, 1940.*
P. BOCKELMANN. Strafrecht des Arztes. *Stuttgart, 1968.*
H. BOMPART. Le libre-arbitre devant l'acte chirurgical. *Dans Le Concours Médical, 20 décembre 1952, p. 4377.*
E.-C. BONARD. La médecine de demain. Du colloque singulier aux ordinateurs. *Dans* «Quelle médecine demain? Pour quel homme?», *pp. 35-57. Travaux du Xe Congrès médico-social protestant de langue française, Lausanne, mai 1973, éd. Berger-Levrault, Paris 1974)*
J. BONJOUR. Kunstfehler in der zahnärztlichprothetischen Praxis mit Berücksichtigung von Aktenmaterial. *Thèse Zurich, 1923.*
E. BONVICINI. La responsabilità civile. *Giuffré, Milan 1971.*
F. BOSSHART. L'interprétation des contrats. *Thèse Genève, 1939.*
N. BOUCHET (du). La rachianesthésie. *Flammarion édit., Paris 1957.*
P. BOUDIN. Du consentement nécessaire à une opération chirurgicale. *Dans Le Concours Médical, 1926, pp. 1223 ss.*
P. BOUDIN. Du contrat de remplacement. *Dans Le Concours Médical, 2 décembre 1928.*
P. BOUDIN. Responsabilité et chirurgie esthétique. *Dans Le Concours Médical, 14 avril 1929.*
P. BOUDIN. Le consentement aux opérations en conflit avec les lois sociales. *Dans Sem.Jur. 1932, p. 861.*
P. BOUDIN. Nature juridique du contrat de remplacement médical. *Dans Sem.jur. 1933, p. 861.*
P. BOUDIN. Responsabilité professionnelle du corps médical et de l'administration des hôpitaux publics. *Dans Sem. Jurid. 1937.1.18.*
P. BOUDIN. Responsabilité du remplacé pour les actes professionnels du remplaçant. *Dans Le Concours Médical, 14 février 1937.*
H. BOUR. Du risque thérapeutique au risque accepté. *Dans Revue du Praticien, N° du 11 avril 1965, p. 1299.*
J. BOUREAU. Les impératifs de l'anesthésie générale chez les patients ambulatoires. *Dans Encyclopédie médico-chirurgicale, 6-1965, N° 36.431 A10, pp. 1 ss.*
P. BOURGET. Les accidents thérapeutiques. *Collection «ON EN PARLE», Ed. Hachette.*

P. BOUZAT. L'exercice illégal de la médecine. *Dans Rev. Internat. de dr. pénal, 1955, p. 555.*
G. BOYER CHAMMARD, P. MONZEIN. La responsabilité médicale. *Presses Universitaires de France, 1974.*
R. BREHM. L'indemnité pour tort moral et le cumul des prétentions du lésé. *Dans RJS 65/1969, pp. 291 ss.*
S. BRENA et A. D'AGOSTINO. Problemi di responsabilità professionale in anestesiologia. *Minerva Medica, 1956, vol. II.*
BRISARD. Risque opératoire. *Dans Ann. méd. lég. 1930.*
BRISSET. La liberté du malade. *Dans Cahiers Laënnec, juin 1966, pp. 14 ss.*
R. BRODOWSKY. Le risque anesthésique en chirurgie d'urgence. *Dans Cahiers d'Anesthésiologie, janvier-février 1959, T. 6, N° 4, pp. 361-378.*
G. BROGGINI. Ordine pubblico e norme imperative — Quali limiti alla libertà contrattuale in diritto svizzero. *Dans Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schönenberger, Fribourg 1968, pp. 93 ss.*
I.D.J. BROSS. Prévision et décisions rationnelles. *Dunod, « Organisation et sciences humaines », Paris 1961.*
G. BROSSET. Perte de soutien. *Dans FJS 407.*
G. BROSSET. Protection de la personnalité. *Dans FJS N° 1165.*
P. BROUARDEL. L'exercice de la médecine. *Baillère, Paris 1898.*
P. BROUARDEL. La responsabilité médicale. *Baillère, Paris 1898.*
BRU. La responsabilité des médecins. *Thèse Toulouse, 1911.*
J. BRUNET. Observations critiques sur la notion d'obligation de sécurité, de fait exonératoire et de faute. *Dans Gaz.Pal. 1952.I. Doctr. p. 24.*
J. BRUNHES. Accidents thérapeutiques et responsabilités. *Masson, éd., 1970.*
E. BUCHER. Die Ausübung der Persönlichkeitsrechte, insbesondere die Persönlichkeitsrechte des Patienten als Schranke der ärztlichen Tätigkeit. *Thèse Zurich, 1956.*
B. von BUEREN. Schweizerisches Obligationenrecht. *Allgemeiner Teil. Zurich 1964.*
BÜRGY. Wesen und Entwicklung der Persönlichkeitsrechte nach schweizerischem Privatrecht. *Dans RDS 67/1947, pp. 1 ss.*
G. BUREAU. Soins post-opératoires. *Dans Santé publique, 1er juillet 1955.*
A. BUSSY. Dommage et réparation morale. *Dans FJS N° 918.*
M.T. ÇAGA. Konkurrenz deliktischer und vertraglicher Ersatzansprüche nach deutschem und schweizerischen Recht. *Thèse, Zurich 1939.*
CAILLOL — BORGEAUD. La situation juridique de l'infirmière. *Thèse, Aix 1936.*
D. ÇAKMUR-MEYER. Contribution à l'étude de la jurisprudence française vis-à-vis de l'anesthésiologiste. *Thèse, Paris 1964.*
J. CARBONNIER. Les dommages résultant des accidents corporels en droit français. *Dans RSJB 100/1964, pp. 301 ss.*
M. CARMERMAN. La responsabilité civile des médecins. *Thèse, Paris 1932.*
J. CARRARD. Le dommage esthétique et sa réparation. *Dans JdT 1938 I 322 ss.*
E. CASANOVA (ARRIGHI DE). La responsabilité médicale et le droit commun de la responsabilité civile. *Thèse, Aix-en-Provence, 1946.*
C.M. CATTABENI. Accertamento tecnico della responsabilità professionale del medico. *Dans Riv. Minerva Medica 1952, vol. I, N° 46, p. 1.*
CATTANEO. La responsabilità del professionista. *Milan 1958.*
G. CAZAC. La nature juridique du contrat de remplacement. *Dans Le Concours Médical 1950, p. 1917.*
C. CAZAC. La responsabilité du médecin du fait des infirmières. *Dans Le Concours Médical, 21 mai 1955.*
C. CAZAC. Le remplacement médical. *Dans Le Concours médical 1956, p. 417.*

C. CAZAC. Rôle des assureurs dans les accidents d'anesthésie. *Dans Anesthésiologie, Numéro spécial, N° 5, mai 1974, p. 291.*

G. CAZAC et A. GOMBAULT. L'exercice de la médecine, son statut. *Suppl. du Concours Médical, 29 octobre 1955.*

M. CAZENAVE. Equipe chirurgicale. *Cahier du Nouvel Humanisme, 1953.*

F. CHABAS. Vers un changement de nature de l'obligation médicale. *Dans JCP, 4 avril 1973, Doctrine 2541.*

J. CHAMOREL. La responsabilité de l'employeur pour le fait de ses employés en matière extracontractuelle. *Thèse, Lausanne 1925.*

R. CHARLES. Peut-on admettre l'euthanasie? *Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 6, Rue de Mézières, Paris 1965.*

G. CHASSERANT. Responsabilité médicale du médecin anesthésiste réanimateur — Evolution de la jurisprudence. *Dans La Presse Médicale, 14 février 1970, 78, N° 8, pp. 385-386.*

J.-P. CHÂTELAIN. Tendances actuelles du Tribunal fédéral dans le domaine de la responsabilité civile. *Dans RJB 105/1969, pp. 209 ss.*

E.-H. CHATELAND. La responsabilité personnelle du médecin exerçant sous subordination administrative. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Communications compte-rendu, p. 56.*

A. CHAUDRON. La responsabilité du médecin anesthésiste du fait des auxiliaires. *Thèse, Tours 1971.*

P.H. CHAUMIÉ. Un arrêt de la Cour de Cassation. A propos de la transfusion sanguine. *Dans La Presse Médicale, 26 mars 1955, N° 23 (suppl.), p. 106.*

V. CHIODI. In tema di responsabilità professionale del chirurgo per smarrimento di garza in addome. *Dans «Zacchia», N° 3, 1953.*

L. CHRISTIAENS. Considérations sur la responsabilité en matière de transfusion sanguine du fait des acquisitions récentes. *Ann. méd. lég. 1946, p. 292.*

CLERC. Secret professionnel. *FJS N° 33.*

J.-M. COLDEFY. Psychologie appliquée à la chirurgie. *Ed. Médicales Flammarion, 1963.*

W. H. COLE et M. SADOVE. The need for complete cooperation between surgeon and anesthesiologist. *J.A.M.A., sept. 1956, vol. 162, N° 5, pp. 437-441.*

C. CONSEILLER, E. BALAGNY et P. VIARS. La salle de réveil. *Dans «Complications des 24 premières heures post-opératoires», ouvrage publié par la société française d'anesthésie, d'analgésie et de réanimation. Libraire Arnette, Paris 1975, p. 23.*

B. CORBOZ. La distinction entre solidarité parfaite et solidarité imparfaite. *Thèse, Genève 1974.*

P. CORNIOLEY. Contrat — Généralités. *FJS 89a.*

G. CORNU. Etude comparée de la Responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public. *Thèse Paris, 1951. Notamment les pages finales sur «l'obligation de sécurité et le droit à la Sécurité», pp. 273 ss.*

R. COSMAN. La capacité civile en droit suisse. *Thèse, Genève 1941.*

COUVELAIRE. Communication au 1er Congrès international de morale médicale, Paris, septembre 1955. *Travaux, T. II, pp. 55 ss.*

P.A. CRÉPEAU. La responsabilité civile des médecins et de l'établissement hospitalier. *Wilson et Lafleur, éd, Montréal, 1956.*

K. CRISTITCH. Les deux médecins responsables de la mort d'Albertine Sarrazin ont sous-estimé les risques de l'opération. *Dans «Le Monde» du 2 décembre 1970, p. 24.*

CROUZON et M. DESOILLE. L'assurance des malades contre le risque opératoire. *Ann. méd. lég. 1931, p. 55.*

P. CUCHE. Du rapport de dépendance, élément constitutif du contrat de travail. *Dans Revue critique de législation et de jurisprudence, 1913.*

J. CUENDET. La faute contractuelle et ses effets. *Etude de l'article 99, al. 3, CO Ed. Staempfli, Berne 1970.*
O. DAEPPEN. Le Code fédéral des Obligations (art. 1 à 551). *Interprété par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Ed. française par Charles Reymond, Zurich 1936.*
J. DARBELLAY. Théorie générale de l'illicéité en droit civil et en droit pénal. *Fribourg 1955.*
DARTIGUES. Droit à la chirurgie esthétique. *Dans La Vie Médicale, 25 mars 1929.*
J. R. DEBRAY. Existe-t-il un œcuménisme médical? *Dans «Médecine de France» 1949, N° 12, 13 et 15.*
J. R. DEBRAY. Contribution à l'étude du droit médical comparé. *Dans Semaine Médicale, 14 mars 1952, pp. 109 ss.*
J.-R. DEBRAY. Le malade et son médecin (Déontologie médicale). *Ed. médicales, Flammarion, 1965.*
J.-R. DEBRAY. La Responsabilité collective en médecine. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Rapports, p. 233.*
J.R. DEBRAY et R. VILLEY. L'indépendance du médecin. *Rapport au 1er Congrès international de morale médicale, tome I, p. 89, Paris, septembre 1955. (Masson, éditeurs).*
DELAHAYE – PLOUVIER. Naissance et Développement d'une spécialité. *Dans Anesthésiologie, novembre 1969, XVI, 9, 1454-1465.*
DELBET. Responsabilité du chirurgien. *Dans Revue de Paris, 1er mars 1911.*
P. DELNOY et P. MOUREAU. Le risque médical ne devrait-il pas s'ajouter aux autres notions de responsabilité professionnelle? *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Communications compte-rendu, p. 131.*
R. DEMOGUE. Traité des obligations en général, T. I à VII. *Paris, Rousseau, 1932-1933.*
P. DENIS. L'obligation générale de prudence et de diligence du médecin. *Dans Rev. Gén. des Assurances et des Responsabilités, 1958, pp. 6017 ss.*
L. DÉROBERT. L'évolution du concept de la responsabilité médicale à la lumière de la jurisprudence française. *Dans Rev. Méd. de Liège, 1er août 1958, Vol. XII, N° 15, pp. 497-506.*
L. DÉROBERT. La responsabilité du médecin — expert. *Dans Ann. Méd. lég., 1966, 46, pp. 75-97.*
L. DÉROBERT. La responsabilité du médecin. Communication du 11 mai 1971 à l'Académie de Médecine. *Dans Le Monde, 14 mai 1971, p. 14.*
L. DÉROBERT. Droit médical et déontologie médicale. *Collection médico-chirurgicale à révision périodique. Flammarion 1974.*
F. DESCHENAUX. La responsabilité civile du médecin et de ses auxiliaires. Dans Bull. des médecins suisses N° 26, du 28 juin 1972, pp. 864-869.
H. DESCHENAUX et P. TERCIER. La responsabilité civile. *Ed. Staempfli, Berne 1975.*
M. DIEMER. Les experts et les expertises judiciaires. *Allais imprim., Paris 1969.*
R. DIERKENS. Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme. *Masson 1966.*
J.B. DILLON. The prevention of claims for malpractice. *Dans Anesthesiology, sept. 1957, Vol. 18, N° 5, p. 594.*
E. DIND. De la responsabilité et des erreurs professionnelles en médecine. *Imprimerie A. Genton et Viret, Lausanne, 1887.*
P. DITTRICH. Vermeintliche aerztliche Kunstfehler. *Méd. Klin. 1933, 1, pp. 840-841.*
P.–J. DOLL. Les problèmes juridiques posés par les prélèvements et les greffes d'organes. *Dans JCP 1968.2168.*
P.-J. DOLL. De la responsabilité du chirurgien en matière de soins post-opératoires et de suites opératoires. *Dans La Presse Médicale, 19 avril 1969, 77, 19, pp. 733-734.*
P.-J. DOLL. Le médecin expert face au secret médical. *Dans JCP, 1972,1,2502, N° 25.*

P.-J. DOLL. La jurisprudence face au principe du secret médical. *Dans Rec. Dr. pénal, 1972, 309.*
H. DONNEDIEU DE VABRES. La responsabilité médicale. Rapport présenté au XVI[e] Congrès de médecine légale. *Dans Ann. Méd. lég., mai 1931.*
H. DONNEDIEU DE VABRES, M. DUVOIR et M. DESOILLE. La responsabilité médicale. *Dans Ann. Méd. lég., 1931, 11, 5, pp. 412-477.*
H. DONNEDIEU DE VABRES, DUSOIN et M. DESOILLE. Quelques considérations sur le droit d'intervenir chirurgicalement. *Dans Ann. de méd. légale, 1934, p. 725.*
DORMONT. Les greffes d'organes et les droits de la personne. *Dans «Le Monde», 30 novembre 1965.*
P. DOURIEZ. En marge des contrats-types: le remplacement. *Dans Le Concoours Médical 19 juillet, 2 août et 24 octobre 1947.*
P. DOURIEZ. «Un indésirable article d'importation». *Dans Le Concours Médical, 1952, p. 1471.*
G. DUCHESNAY. Le risque thérapeutique. Prévention et traitement des accidents. *Paris 1954.*
DUCHESNE. Le remplaçant exerce sous sa seule responsabilité. *Dans Le Concours Médical, 15 avril 1934.*
DUENING. La chirurgie esthétique. *Dans La Vie Médicale, 10 avril 1930.*
G. DUFLO. La responsabilité civile des médecins à la lumière de la jurisprudence récente. *Thèse Paris, 1937.*
E. DUHAMEL. La contrepartie de la responsabilité médicale. *2[e] Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Communications compte-rendu, p. 109.*
A. et M. DURANTEAU. Le risque en anesthésie. *Dans Revue du Praticien, 1[er] juin 1955, T. V. N° 16, pp. 1637-1646.*
L. EBERMAYER. Der Arzt im Recht. *Leipzig, 1930.*
L. EBERMAYER. Rechtsfragen aus der aerztlichen Praxis. *Dans Deutsche med. Wschr., 1926, I, p. 34.*
A. EGGER. Einleitung. Das Personenrecht, *2. Aufl. Zurich 1930 (Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch Bd I).*
P. ENDERLÉ. Les responsabilités pénales et civiles dans la pratique de l'anesthésiologie. *Dans Acta anaesthesia belg., juillet-août 1958, 1, pp. 9-24.*
P. ENGEL. La responsabilité civile du médecin. Quelques aspects. *Dans Médecine et Hygiène, N° 835, 30 août 1968, pp. 901-906.*
P. ENGEL. Traité des obligations en droit suisse – Dispositions générald du CO – *Ed. Ides et Calendes, Neuchâtel, 1973.*
K. ENGISCH. Aerztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwillung. *Dans Ztschr. f. Strafrechtwissenschaft, 1938, 57, 1-57.*
P. ESMEIN. Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle. *Dans Revue trim. de dr. civ. 1933, pp. 627 ss.*
P. ESMEIN. Traité pratique de droit civil français (Planiol et Ripert). *2[e] ed. Paris 1952, T. VI.*
J.-P. ETIENNE. L'indépendance du médecin exerçant dans un statut non libéral. *Dans Cahiers Laënnec, 1969, II, pp. 9 ss.*
FALQUE. La responsabilité du médecin, d'après Cass. 20 mai 1936, *Dans Rev. crit. 1937, p. 609.*
E. FAROULT. A propos de l'article de N. SANSOY et J.P. SAINT-MAURICE, «L'importance de la relation thérapeutique anesthésiste-malade». *Dans Cahiers d'anesthésiologie, T. 23, N° 3, 1975, pp. 333 ss.*
Ch. L. FAURE. Les paralysies du plexus brachial. *Dans An. Anal. et Réan., juin 1950, T. VII, N° 3, pp. 380-382.*

J.-L. FAURE. L'âme du chirurgien. *Ed. Les œuvres représentatives, Paris, 1932.*
C. FAYOT – YONA. Mortalité – morbidité en anesthésie. *Thèse, Paris, 1975.*
K. FEHR. Der Versorgerschaden. *Thèse, Zurich 1942.*
H. FENIÉ. De la responsabilité civile en chirurgie thérapeutique et plastique. *Thèse, Toulouse 1930.*
A. FERRARI. Die berufliche Haftpflicht des Zahnarztes mit Berücksichtigung des schweizerischen Haftpflichtrechts und der Praxis Haftpflichtversicherungsgesellschaften. *Thèse, Bâle 1948.*
FERRÈS. Du fondement et du caractère juridique de la responsabilité des médecins. *Thèse, Strasbourg 1934.*
J. FERREY. Responsabilité du médecin anesthésiste ou la «Faute en anesthésie». *Dans Cahiers d'anesthésiologie, décembre 1966, 14, 8, pp. 1019-1029.*
J. FIOLLE. Le problème des anesthésistes-réanimateurs. *Dans Concours Médical, 17 janvier 1953, p. 203.*
E. FISCHER. A propos de l'évolution de la responsabilité du médecin. *Dans Bulletin des médecins suisses, N° 28, du 16 juillet 1975, pp. 1043-1045.*
D.W. FLORENCE. Rapport sur l'information du patient *au III^e Congrès mondial de Droit médical de Gand, 23 août 1973.*
R. FLORIOT et R. COMBALDIEU. Le secret professionnel. *Flammation 1973.*
FLOUR. Les rapports de commettant à préposé dans l'art. 1384 du Code civil. *Thèse, Paris 1933.*
R. FONTAINE. Le statut du remplacement médical. *Bull. Ordre des Médecins, 1949-1950, N° 1.*
R. FONTAINE. Les responsabilités dans l'équipe chirurgicale en pratique de ville. *Dans Anesthésiologie, Bull. Synd. Nat. Anesthésiol. Franç., décembre 1955, N° 10, p. 29.*
R. FONTAINE. L'expression de la douleur et la pratique anesthésiologique. *Dans Anesthésiologie, N° 4, avril 1962, pp. 173-183.*
R. FONTAINE. Aspects médico-légaux de l'anesthésiologie-réanimation. *Dans Encyclopédie Médicale, Paris, Flammarion, p. 985.*
E. FORGUE et A. AYMES. Les pièges de la chirurgie en diagnostic et thérapeutique. Erreurs et fautes ou faits présumés tels. Conditions et limites de la responsabilité. *Masson, Paris 1947.*
T. G. FORMAGGIO. La responsabilità professionale nella trasfusione del sangue. *Dans «Il sangue», N° 1, 1951.*
FOVEAU DE COURMELLES. De la responsabilité médicale. *Dans La Vie Médicale, 10 novembre 1933, p. 960.*
FOVEAU DE COURMELLES. Responsabilité médicale. Son évaluation. *Dans Journ. des Praticiens, 1933, p. 1571.*
FOVEAU DE COURMELLES. La responsabilité professionnelle des radiologues. *(Congrès de radiologie de Chambéry, 1933) Dans La Vie Médicale, 10 décembre 1933.*
FOVEAU DE COURMELLES. Responsabilité médicale des instruments. *Dans Journ. de médec. de Paris, 24 mai 1934, p. 449.*
G. FRACHE. Responsabilità professionale del medico. *Dans Zacchia, N° 1, 1953.*
FRANZ – KÖNIG. Haftpflicht des Arztes. *Ambrosius Barth, Leipzig, 1937.*
E. FREY. Zur Frage des aerztlichen Zeugnisverweigerungsrechts. *Festschrift für F.H. Pfenninger, Zurich 1956, p. 41.*
H.-P. FRIEDRICH. Fragen aus dem Auftragsrecht. *ZBJV 91 (1955), Heft 12.*
E. FROGÉ. Anesthésie et responsabilité. *Masson, éditeur, 1972.*
E. FROMM. La responsabilité du médecin. *2^e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Communications compte-rendu, p. 218.*
J. FROSSARD. La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat. *Thèse, Lyon 1965.*

F. FUNK. Commentaire du Code fédéral des obligations (art. 1 à 530). *Traduction française par Max E. Porret et Gustave PERREGAUX. Delachaux et Niestlé, Ed. Neuchâtel 1930.*

GARRAULT et LABORDE-LACOSTE. Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement et à l'intervention chirurgiclae. *Dans Rev. gén. de Droit, 1926, pp. 129 ss.*

F. GAUDART D'ALLAINES, R. DE VERNÉJOUL, DAVID et J.-L. LORTAT-JACOB. Rapport au 1er Congrès international de morale médicale, *Paris 1955, Travaux, T.I., p. 130.*

B. GAUDILLÈRE. Etude des accidents anesthésiques survenus en pratique privée de 1955 à 1965. *Thèse, Paris 1967.*

G. GAUTSCHI. « Der einfache Auftrag ». *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht. Band VI, Abt. 2, 4. Teilband, Ed. Stämpfli, Berne 1971.*

G. GAUTSCHI. Auftrag und Geschäftsführung in der Schweiz. *Zurich 1935.*

G. GAUTSCHI. Bemerkungen zur Schadensberechnung bei Körperverletzung nach Art. 46 OR. *Dans RSJ 37 / 1940-1, pp. 115 ss.*

M. GAY. Anesthésie et responsabilité médicale: Etude à partir de la jurisprudence actuelle. *Thèse, Poitiers 1971.*

E. GAYLER. Die ausservertragliche Haftung für Hilfspersonen. *Thèse, Zurich 1944.*

A. GEERTS. La responsabilité médicale dans l'Antiquité. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Communications compte-rendu, p. 30.*

GEILEN. Einwilligung und aerztliche Aufklärungspflicht. *Ed. E. et W. Gieseking, Bielefeld, 1963.*

M. GEMPERLE. L'anesthésie et les soins intensifs chirurgicaux. *Dans Médecine et Hygiène, N° 1031, du 8 novembre 1972, pp. 1649-1650.*

L. GEORGEL. Etude juridique des cliniques médicales privées, non gratuites. *Thèse, Rennes 1925.*

F. GILLIARD. Vers l'unification du droit de la responsabilité. Société Suisse des Juristes, Rapport et communications. *Dans RDS 1967, pp. 193-317.*

S. GIOVANOLI. Force majeure et cas fortuit en matière d'inexécution des obligations, selon le Code des obligations suisses. *Thèse, Genève 1933.*

P. GIOVANNONI. La causalité dans la responsabilité civile extracontractuelle. *Dans RJB 98, 1962, pp. 249-281.*

F. GIVORD. La réparation du préjudice moral. *Thèse, Grenoble 1938.*

R. GOLDHAHN et HARTMANN. Chirurgie und Recht. Die Haftung des Chirurgen und die Sicherungsmassnahmen in der Praxis. *Enke, Stuttgart 1937.*

S. GOLDSCHMIDT. L'obligation de sécurité. Etude jurisprudentielle. *Thèse, Lyon 1947.*

A. GOMBAULT. Consentement éclairé en anesthésie locale. *Dans Le Concours Médical, 21 septembre 1968, p. 6023.*

A. GOMBAULT. Le médecin anesthésiste est un médecin à part entière. *Dans Le Concours médical, 3 avril 1971, 93, 14, pp. 2617-2618.*

A. GOMBAULT. Anesthésiste-réanimateur et responsabilité professionnelle. *Dans Le Concours médical, 8 juillet 1972, 94-28, pp. 5323-5324.*

A. GOMBAULT et J. POULETTY. L'arrêt de la Cour dans l'affaire Sarrazin ». Pourquoi une condamnation pénale? *Dans Le Concours Médical, 26 juin 1971, T. 95, N° 26, pp. 4923-4928.*

A. GOMBAULT et J. POULETTY. Pourquoi la mort d'Albertine Sarrazin? Deux condamnations, une question sans réponse. *Dans Le Concours Médical, 23 janvier 1971, pp. 587-594.*

A. GOMBAULT et J. POULETTY. L'exercice de la médecine sera-t-il encore possible? *Dans Le Concours Médical, 4 avril 1970, pp. 3227-3233.*

A. GOSSET. Chirurgie, chirurgiens. *Gallimard, Paris 1941.*
J. GOSSET. A propos de l'éthique chirurgicale. *Dans Bull. de l'Ordre des médecins, 1955, pp. 299 ss.*
J. GOSSET. Le chirurgien, le malade et la maladie. *Dans La Presse Médicale, 15 mars 1961, 13, pp. 491 ss.*
J. GOSSET. La responsabilité du chirurgien dans le monde moderne. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Rapports, p. 275.*
J. GOSSET. Morale et Responsabilité du Chirurgien. *Dans Revue «Médecine Légale et Dommage corporel», Tome II, N° 2, avril-juin 1969, pp. 114 ss.*
J. GOSSET. Responsabilité du chirurgien. Encycl. Méd. Flammarion, Paris 1970.
R. DES GOUTTES. Tort moral: I. Principes. II. Répertoire des arrêts. *FJS 1141 et 1142.*
C.L. GRAND. Leiharbeiterverhältnisse im schweizerischen Recht. *Thèse, Zurich 1960.*
J. GRAVEN. Les données nouvelles de la «Vie» et de la «Mort» et leurs incidences juridiques. A propos de la greffe du cœur. *Dans Rev. intern. de criminologie, N° 1 et 2, 1968.*
Ph. GRAVEN. Le secret médical. *Dans Médecine et Hygiène, N° 1171, du 26 novembre 1975, pp. 1729-1740.*
H. GRENET. Essai sur la profession médicale et sur quelques règles qu'elle impose. *Paris 1939.*
P.-F. GRIGAUT. La chirurgie esthétique et plastique. *P.U.F., Paris 1962.*
C. GROSS, B. VLAHOVITCH, M. BALDY-MOULINIER, PH. FREREBEAU. Les critères circulatoires et biologiques de la mort du cerveau. — A l'exclusion des problèmes cliniques et électro-encéphalographiques — *Dans Médecine et Hygiène, N° 965, 26 mai 1971, pp. 886-890.*
G. GROSS et M. CASTHÉLAZ. Les malades se conforment-ils aux prescriptions du médecin? *Dans Médecine et Hygiène, N° 1187, du 24 mars 1976, p. 439.*
J. GROSS. Grundrechtsfragen im Grenzbereich zwischen Leben und Tod. *Dans Bull. méd. suisses, N° 20, du 19 mai 1976, p. 709.*
J. GROSS. Recht auf Leben — Recht auf ein menschenwürdiges Sterben des Patienten. *Dans Bull. méd. suisses, N° 31, du 4 août 1976, p. 1085.*
J.-M. GROSSEN. La protection de la personnalité en droit privé (quelques problèmes actuels). *Rapport à la SSJ, 1960, dans RDS, 94, pp. 1a, 14a-19a.*
J.-M. GROSSEN. Les personnes physiques. *Dans Traité de droit civil suisse, Fribourg 1974, T. II/2, pp. 33 ss.*
O. GSELL. Notstand der Sterbehilfe dargelegt am Fall von Prof. U. Haemmerli, Zurich. *Dans Bull. méd. suisses, N° 18, du 7 mai 1975, p. 677.*
R. GUEYFFIER. Le chirurgien et la compresse oubliée. *Dans Bull. Off. Syndic. Médecins du Rhône, 1937, pp. 502 ss.*
R. GUEYFFIER. La responsabilité du radiologue. *Dans Lyon-Médical, 1941, p. 74.*
T. GUHL. Le droit fédéral des obligations. *Traduit de l'allemand d'après la 3e édition par René Des Gouttes, Zürich 1947 (Ed. Polygraphiques).*
M.-M. GUILHOU. La responsabilité médicale et les progrès de la science. *Dans Le Temps, 3 septembre 1933.*
A. GUILLON. Le remplacement médical. *Ed. expansion scientifique française, 1955.*
J. GUITTON. La responsabilité. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Rapports, p. 11.*
E. HAFTER. Personenrecht. *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I, 2e édit., Berne 1919.*
J. HAMBURGER. La puissance et la fragilité. Essai sur les métamorphoses de la médecine et de l'homme. *Paris, Flammarion, ed. 1972.*
J. HAMBURGER. Progrès de la médecine et responsabilités du médecin. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Rapports, p. 289.*

J. HAMBURGER et Ch. DUBOST. Réflexions sur les greffes d'organes. *Dans «Le Monde», 17 janvier 1968.*
J. HAMBURGER, P.-J. RUSSEL, J.-P. MERRILL, J. DAUSSET. Greffes d'organes — Une déclaration de la société internationale de transplantation — *Dans Médecine et Hygiène, N° 965, 26 mai 1971, p. 930.*
A. HAY. De la responsabilité civile des médecins. *Thèse, Rennes 1925.*
A. HAYNAL. Transsexualisme et identité sexuelle. *Dans Médecine et Hygiène, N° 990, du 22 décembre 1971, pp. 2040-2042.*
HEGER – GILBERT. Déontologie médicale. *Ed. Larcier, 1946.*
HEGER–GILBERT et P. GLORIEUX. La nécessité, un critère de l'acte médical. *Dans Bull. de l'Ordre des médecins, 1955, p. 304.*
W. HEIM. Le secret médical dans le Code pénal suisse. *Thèse Lausanne, 1944.*
W. HEIM. Le secret de l'expert médical. *Dans JdT 1952 IV 98.*
M. HERAUDEAU. Le malade, personne libre, face au médecin. *Thèse, Poitiers 1955.*
J.J. HERBERT. Existe-t-il un conflit chirurgien-anesthésiste? *Dans La Presse Médicale, 22 février 1969, 77, 10, p. 348.*
C. HERMAN. Responsabilité médicale en Anesthésie – Réanimation. *Dans Encyclopédie Médico-chirurgicale 10-1973, N° 36995 C₁₀, pp. 1 ss.*
C. HERMANN. Réflexion sur la mort subite per-opératoire. *Dans Encyclopédie médico-chirurgicale 1974, N° 2, pp. 59-60.*
G. HEUYER. Note concernant les certificats médicaux. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Communications compte-rendu, p. 296.*
HIESTAND. Rechtsfragen des Arztes. *Zurich 1936.*
H. HINDERLING. Persönlichkeit und subjektives Recht. Die aerztliche Aufklärungspflicht. *Dans Basler Studen zur Rechtswissenschaft, 66/1963, pp. 7 ss.*
B.D. HIRSCH. Medical Malpractice 1963. *Dans Anesthesia and analgesia, Vol. 48, N° 6, Nov.-Déc. 1969, pp. 897-899.*
R. HOIGNÉ. Qui est «responsable» des dommages causés par les médicaments? *Dans Bull. méd. suisses, N° 13, du 27 mars 1974, p. 487.*
K. HOTZ. Zum Problem der Abgrenzung der Persönlichkeitsschutzes nach Art. 28 ZGB. *Thèse, Zurich 1967.*
E. HUANT. La responsabilité du médecin devant les possibilités actuelles de l'action biologique de l'homme sur l'homme. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Communications compte-rendu, p. 272.*
K. HÜTTE. Die Genugtuung — Eine tabellarische Uebersicht über Gerichtsentscheide vorwiegend aus den Jahren seit 1960 — *Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich 1975.*
W. HUGIN. Le risque opératoire. *Dans Cahier d'anesth., novembre 1956, 4, N° 3, p. 215.*
L. HUGUENEY. La responsabilité du fait des choses dans son application à la médecine. *Dans Ann. de Méd, Lég., 1928, p. 119.*
G. HURET. Incidence économique du caractère personnel de la responsabilité du médecin. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Communications compte-rendu, p. 230.*
R. HUSSON. Le risque anesthésique. *Dans Anesthésiologie, N° 5 (numéro spécial), mai 1974, pp. 379 ss.*
J. IMFELD. Ce n'est pas une affaire de loi (euthanasie) *Dans Bull. méd. suisses, N° 16, du 23 avril 1975, p. 599.*
F. INTRONA. La responsabilità professionale nell'esercizio delle arti sanitarie. *Cedam, Padova 1955.*
P. JAEGGI. Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung. *Dans Mélanges W. Schoenenberger, Fribourg 1968, pp. 181 ss.*

P. JAEGGI. Fragen der privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit. *Dans RDS 79/1969, pp. 133 a ss. et 185a ss.*
Ph. S. JAMES. General principles of the law of torts. *London Butterworths 1964 (Proof of negligence: Res ipsa loquitur, pp. 182-188).*
G. JANSEN. Das Zusammentreffen von Haftungsgründen bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen. *Thèse, Fribourg 1973.*
N. JAUSSI. Die Auftragssubstitution nach schweiz. OR. *Zurich, Thèse 1925.*
R. JODIN. Notre signature: histoires de certificats. *Dans Le Concours Médical, 1951, p. 1303.*
R. JODIN. Importance et limites de la responsabilité médicale. A.M.M., Oslo, 17-22 août 1970. *Dans Le Concours Médical, 19 septembre 1970, pp. 6863-6867.*
R. JODIN et G. CAZAC. Evolution de la responsabilité médicale au cours des vingt dernières années. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Communications compte-rendu, p. 83.*
J. JOLY. L'équipe opératoire au travail. *Dans «Science et Vie», N° hors série «La Chirurgie», 1955, p. 49.*
Pr. JORES. Le médecin et le mensonge. *Dans Cahiers Laënnec 1950, N° 2, p. 39.*
L. JOSSERAND. Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats. *Dans Rev. trim. de droit civil, 1937, pp. 1 ss.*
L. JOSSERAND. La renaissance de la faute lourde sous le signe de la profession. *Dans D.H. 1939, chr., pp. 32 ss.*
H. JOUBREL. La responsabilité civile des médecins. *Thèse, Rennes 1939.*
JULLIARD. La responsabilité civile des médecins. Rapport présenté le 8 mai 1932 à la Société suisse de chirurgie. *Dans Schw. med. Wschr., 1933, 46 et 1933, 8.*
Ch.-A. JUNOD. Force majeure et cas fortuit dans le système de la responsabilité civile. *Dans Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève, Genève 1956.*
M. KARDIÇALI. Le préjudice moral et sa réparation en droit suisse. *Thèse, Paris et Genève, 1939.*
G. KAUFMANN. Wie weit soll der Arzt den Patienten informieren? *Dans Bull. des Médecins suisses, N° 21, du 26 mai 1976, p. 736.*
V. KEATING. Les accidents de l'anesthésie. *Lloyd-Luke édit., Londres, 1956.*
A. KELLER. Haftpflicht im Privatrecht. *Verlag Staempfli, Bern, 1971.*
E. KERN. La mortalité en anesthésie et chirurgie. Discussion à propos de la statistique de Beecher et Todd. *Dans Cahier d'anesth., septembre 1956, 4, N° 1, p. 5.*
E. KERN. Essai d'interprétation des accidents mortels per-opératoires. *Dans Anesth. et Analg., janvier-février 1957, 14, N° 1, p. 108.*
C. KOECHLIN, Chirurgie plastique. *Dans Médecine et Hygiène, N° 1093 du 13 mars 1974, pp. 421 et 422.*
F. KOENIG et H. KOESTLIN. Haftpflicht des Arztes. *Leipzig, 1937.*
M. KOHLHAAS. Rechtsfragen in der Geburtshilfe und Gynäkologie. *Dans Klinik der Frauenheilkunde, Band V, pp. 481-555, Novembre 1966.*
KÖSTERS. Die Haftung des Arztes. *Thèse, Erlangen 1931.*
M. KOLLBRUNNER. Die rechtliche Stellung des Arztes. *Thèse, Zurich 1908.*
O. KOPP. Die berufliche Hilfpflicht der Medizinalpersonen. *Thèse, Fribourg 1955.*
L. KORNPROBST. Responsabilité du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises. *Flammarion 1957, cité Resp. du médecin.*
L. KORNPROBST. Le droit devant les conquêtes de la science. *Aix, 1951.*
L. KORNPROBST. Les éléments constitutifs du contrat de soins médicaux. *In Gand, Acta, p. 56.*

L. KORNPROBST. L'étendue et les limites de la responsabilité médicale du point de vue juridique. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Rapports, p. 71.*
L. KORNPROBST. Responsabilité au sein d'une équipe chirurgicale. *Dans Press Méd, 25 mars 1967, 75, N° 15, 771-773.*
L. KORNPROBST. Le refus par la victime d'un accident de subir une opération améliorante peut-il entraîner une réduction de l'indemnité réparatoire? *Dans La Presse Médicale, 29 novembre 1968.*
L. KORNPROBST. Médecine et Droit moderne. *Dans La Presse Médicale, 17 mai 1969, 77, N° 24, p. 900.*
L. KORNPROBST. Responsabilités respectives du chirurgien et de l'anesthésiste au cours d'une opération. *Dans La Presse Médicale, 21 juin 1969, 77, N° 30, pp. 1093-1094.*
L. KORNPROBST. Secret professionnel et défense du médecin. *Dans La Presse Médicale, 27 décembre 1969, 77, N° 56, pp. 2159-2160.*
L. KORNPROBST. Partage des responsabilités entre chirurgien et anesthésiste-réanimateur. *Dans La Presse Méd., 17 janvier 1970, 78, N° 3, 134.*
L. KORNPROBST. Omission d'examens pré-opératoires. *Dans La Presse Médicale, 24 janvier 1970, 78, 4, p. 195.*
L. KORNPROBST. Tout prévoir. Un cas exceptionnel de syncope mortelle au cours d'une anesthésie à la xylocaïne. *Dans la Presse Médicale, 20 mai 1970, 78, 22, pp. 1025-1027.*
L. KORNPROBST. Montée des périls. A propos d'un procès récent. *Dans La Presse Médicale, 20 février 1971, N° 9, pp. 411-413.*
L. KORNPROBST. Médecins ou chirurgiens peuvent-ils dégager ou limiter leur responsabilité? *Dans La presse Médicale, 13 mars 1971, 79, N° 13, p. 591.*
L. KORNPROBST. Responsabilité de la mort d'un opéré. *Dans La Presse Médicale, 3 juillet 1971, 79, N° 33, pp. 1505-1506.*
L. KORNPROBST et S. DELPHIN. Le contrat de soins médicaux. *Sirey, Paris 1960.*
L. KORNPROBST. G. JULIEN. A. MATHIAS. Les auxiliaires médicaux. *Masson, Paris 1966.*
D. KUPFER – TSOUCARIS. Anesthésie générale — Théories de l'anesthésie générale — *Dans Encyclopédie médico-chirurgicale 4-1968, N° 36100 A10, pp. 1 ss.*
LACAS. Les obligations du médecin. *Thèse, Paris 1938.*
LACHEZE. La transfusion du sang du point de vue juridique. *Thèse, Toulouse 1924.*
J. LACROIX. Le normal et le pathologique. *Dans «Le Monde», 5 janvier 1955.*
T. LADA. La mortalité anesthésique. *Dans An. Anal. et Réan., janvier-février 1957, T. XIV, N° 1, pp. 144-148.*
J. LADOR. Les droits strictement personnels. *Thèse Lausanne, 1933.*
LAGARDE. La responsabilité civile et l'assurance. *Thèse, Montpellier 1926.*
A. LALANDE. Vocabulaire technique et critique de la philosophie. *P.U.F., Paris 1972.*
M. LALOU. Traité pratique de la responsabilité civile. *5e édit., Paris 1955, pp. 306 ss.*
H. LALOU. Contrats comportant pour l'une des parties l'obligation de rendre le contractant sain et sauf. *Dans D.H. 1931, Chron. p. 37.*
H. LALOU et P. AZARD. Traité pratique de la responsabilité civile. *6e éd. par P'A'. Paris 1962.*
M. LANDE. Etude des cas mortels liés à l'anesthésie au cours d'interventions chirurgicales aux USA. *Dans La Presse Médicale, 26 février 1955, p. 289.*
LANGMARCK. Die strafrechtliche Schweigepflicht des Arztes. *Dans Revue pénale suisse 88 (1972), 67.*
G. LANZ. Parteiwechsel bei Miete — und Dienstvertrag. *Thèse, Zurich 1934.*

LAPORTE et GUIDEVAUX. Thérapeutique médicale et responsabilité pénale du médecin. Rapport aux Journées Franco-Belges-Luxembourgeoises de Sciences Pénales. *Dans Revue de Droit Pénal et de Criminologie, N° mars 1964.*

E. LARGHI. Della responsabilità professionale del medico-chirurgo. *Dans Resp. civ. e Prev., 1953, 153.*

L. LARGUIER. La preuve d'un fait négatif. *Dans Rev. trim. de dr. civ., 1953, N° 17, 19, 28.*

J. LASSNER. Chirurgiens et anesthésistes. *Dans Cahiers d'Anesthésiologie, T. 19, N° 7, pp. 929-934.*

J. LASSNER. L'anesthésie péridurale continue. *Dans Cahier Anesth., novembre 1961, 9, N° 2, p. 155.*

J. LASSNER et E. GUILLERAT. L'anesthésie péridurale continue ; réflexions sur 250 cas. *Dans Anesthé. Analg., mars-avril 1964, 21, N° 2, p. 273.*

G. LAURENCE. Risque opératoire et maladie post-opératoire. *Dans Revue du Praticien, 1er juin 1955, T. V., N° 16, pp. 1609-1620.*

G. LAURENCE. Le risque imprévisible. *Dans Revue du Praticien, 1er juin 1955, T. V., N° 16, pp. 1681-1682.*

G. LAZNIER. Du droit du malade et du blessé au refus d'un traitement ou d'une intervention chirurgicale. *Thèse, Bordeaux 1922.*

G. LECLERCQ. Responsabilités respectives du chirurgien et du médecin anesthésiste au sein de l'équipe chirurgicale. (Etude de la jurisprudence récente). *Mémoire, 1969-1970, Paris.*

G. LECLERCQ. Le Rapport de la Cour de Cassation et la responsabilité médicale. *Supplément Revue du Praticien, 1er juin 1972, T. II, N° 16, pp. 1 ss.*

M. LE CLERE. Les autopsies et le respect de la personne humaine. *Dans D. 1964. chr. p. 2*C. LEGA. Il dovere del medico di informare il paziente. *Dans Riv. Dir. Lav., 1960, I, pp. 203 ss.*

C. LEGA. La prestazione del medico come oggetto dell' obbligazione di mezzi. *Dans Giust. N., 1962, I, 1, p. 1247.*

J. LE GUEUT, A. MARIN. L'expertise médico-judiciaire. Aspects juridiques et réalisation pratique. *Paris, Masson éditeurs, 1963.*

J. LE GUEUT, Ch.-A. REYNAUD, L. ROCHE, L. DALIGAND. La réparation du dommage corporel en droit commun. *Ed. Masson, Paris 1973.*

LENEGRE. Le médecin devant les opérations et les traitements d'avant-garde. *Dans «Le Monde», 4 décembre 1968.*

J. LEONI. Anesthésie chez les malades à l'estomac plein. *Dans Encyclopédie médico-chirurgicale 10-1974, N° 36637 C*$_{10}$*, pp. 1 ss.*

G. LEPOINTE. A propos de la responsabilité du fait des choses appliquée aux médecins. *Dans Rev. de dr. pénal et de crim. 1936, 6, p. 749.*

G. LEPOINTE. La responsabilité en matière de chirurgie esthétique. *Dans Revue du Praticien, 21 octobre 1958.*

R. LERICHE. La philosophie de la chirurgie. *Ed. du Seuil, Paris 1951.*

M. LE ROY. La réparation du préjudice corporel. *Dans D. 1958, Chron. 17 et D. 1961, Chron. 155.*

M. LE ROY. L'évaluation du préjudice corporel. *5e éd., Paris 1970, Librairies techniques, éd.*

N. LESOURD. La perte d'une chance. *Dans Gaz.Pal. 1963, II, Doctr. 49.*

J.P. LÉVADÉ – R. SCHNEYDER. Le risque anesthésique. *Dans Anesthésie – Analgésie – Réanimation. Janvier-février 1957, T. XIV, N° 1, pp. 91-107.*

G. LEVASSEUR. La responsabilité pénale. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Rapports, p. 47.*
F. LEYMARIE. Anesthésie et responsabilité civile des médecins en clientèle privée. *Dans Cahiers d'anesthésiologie, T. 23, N° 1, janvier-février 1975, pp. 15 ss.*
F. LHERMITTE. Progrès de la médecine et responsabilité du médecin. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Rapports, p. 319.*
W. LOEFFLER. Die Haftung des Arztes aus aerztlicher Behandlung. *Thèse, Zurich 1945.*
M. LOEPER. Le risque thérapeutique. *Dans «Hommes et Mondes», août 1955.*
M. LOEPER. Sur l'information médicale du grand public. *Dans Le Concours Médical, 30 juin 1956, p. 3121.*
M. LOEPER, L. JUSTIN-BESANÇON et R. TURPIN. Les conditions morales de l'étude clinique de l'intérêt thérapeutique des nouveaux médicaments. *Communication au 1er Congrès international de morale médicale, T. I des travaux du Congrès, p. 167.*
P. LOGOZ. Commentaire du code pénal suisse. Partie spéciale, T. I et II, *Delachaux et Niestlé S.A., Neuchâtel, 1955.*
P. LOMBARD, P. MACAIGNE, B. OUDIN. Le médecin devant ses juges. *Ed. Laffont, Collection «Réponses», Paris, 1973.*
J.-L. LORTAT-JACOB, R. VILLEY et M. GUÉNIOT. Responsabilité personnelle du médecin. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Rapports, p.181.*
A. LOTZ. Zur Frage der rechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes. *Dans Basler Juristische Mitteilungen, N° 3, août 1968, pp. 107 ss.*
J. LOUP. La responsabilité du médecin et du chirurgien. *Rép. Commaille, 1934, pp. 213 ss.*
J. LOYGUE, M. MALAFOSSE. Chirurgie générale. I. Pathologie générale. Pathologie des membres. *Ed. Foucher, Paris 1970.*
E.-P. LUCE. Le régime juridique des autopsies et des prélèvements post-mortem. Dans JCP 1964.1.827.
MAAG. Zivilrechtliche Haftung für schädigendes Verhalten Dritter. *Thèse, Zurich 1924.*
R.R. MAC INTOSH. Deaths under anesthetic. *Dans Brit. J. Anaesth. 1949, 21, 107.*
B.J. McNEIL, E. KEELER, S.J. ADELSTEIN. Primer on certain elements of medical decision making. *Dans «The new England Journal of Medecine», Nr, 5, vol. 293, du 31 juillet 1975, pp. 211 ss.*
A.-M. A. G. MAGHAMI. Faute, risque et lien de causalité dans la responsabilité civile. *Thèse, Genève 1953.*
D. MAHOUDEAU. Les chirurgiens seront-ils désormais condamnés pour n'avoir pas entrepris systématiquement un traitement anti-coagulant? *Dans La Presse Médicale, 22 mars 1969, 77, N° 14, 533.*
G. MAINGUET. Le consentement du patient à l'acte médical. *Thèse, Paris 1957.*
MAITRE. La condition juridique de la sage-femme. *Thèse, Paris 1927.*
D. MALAN. La responsabilité du médecin anesthésiste du fait des appareils et des instruments. *Thèse, Tours 1972.*
J. MALHERBE. Médecine et Droit Moderne. *Masson, Paris 1969.*
MANCHE. La responsabilité médicale. *Thèse, Paris 1913.*
J.M. MANTZ, J.D. TEMPE, A. LOBSTEIN, G. PAYEUR, G. MACK. A propos des critères de la mort cérébrale: la fluoroscopie rétinienne et l'électrorétinographie. *Dans Revue médicale de Suisse Romande (RMSR), Tome XCI, N° 10, octobre 1971, pp. 757-765.*
F. MARCOUX. Droit médical et Déontologie. *Libr. Maloine, 1970.*

F. MARCOUX. La responsabilité du médecin lors de l'exécution des actes médicaux par des auxiliaires médicaux qualifiés. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Communications compte-rendu, p. 126.*
F. MARCOUX et P. MONZEIN. Table ronde sur la responsabilité médicale. *Dans Le Concours Médical, 27 juin 1970, 26.*
A. MARIN, J. LE GUEUT. L'expertise médico-légale. *Masson, éd.*
P. MARLIN. Le danger: La « glissade » vers l'obligation de résultat. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Communications compte-rendu, p. 301.*
M. MAROGER. Les explosions de mélange anesthésique. *Dans An., Anal. et Réan., juin 1950, T. VII, No 3, pp. 325-330.*
M. MAROGER. La mortalité anesthésique. *Dans Cahier Anesth., février 1957, 4, No 5, p. 424.*
G. MARRUBINI. La responsabilité professionnelle de l'anesthésie selon l'usage et la jurisprudence des pays européens occidentaux. *Dans « Anesthésiologie européenne » – Déc. 1957, No 3.*
G. MARRUBINI. La responsabilità professionale in Anestesiologia. *Dans Minverva Medica Torino. Gen-Febr. 1957, No 1, pp. 19-31.*
DE MARSICO. L'infortunio del chirurgo... *In Eloquenza, 1952, p. 443.*
L. MARTIN. De la responsabilité civile des médecins. *Paris 1898.*
R. MARTIN. La faute professionnelle, spécialement dans les professions libérales. *Bosc Frères, Lyon 1934.*
A. MARTIN-ACHARD. De la réparation pécuniaire du tort moral. *Thèse, Genève 1908.*
E. MARTIN-ACHARD. La discipline des professions libérales. *Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins, Basel 1951.*
DE MARTINI. La responsabilità civile del medico. *In Giust. Civ. 1954, pp. 1236 ss.*
M. MARTINY. Hippocrate et la médecine. *Arthème Fayard, 1964.*
MARTON. Obligations de résultat et obligations de moyen. *Dans Rev. Trim. de dr. civ. 1935, pp. 499 ss.*
MASSART. La responsabilité du chirurgien. *Dans Le Concours Médical 10 février 1932.*
J.C. MASSON. Anesthésie et responsabilité transfusionnelle. *Thèse, Nancy 1972.*
A. MAUROIS. Le sens de l'équipe. *Dans Les Nouvelles Littéraires, 3 novembre 1955.*
P. MAYR. L'indemnisation de la perte de soutien. *Thèse, Lausanne 1941.*
H. MAZEAUD. De la responsabilité du fait des choses appliquée au médecin. *Note sous Cass.civ., 30 décembre 1936, S. 1937.1.137.*
H. MAZEAUD. Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extra-contractuelles; « obligations déterminées » et « obligations générales de prudence et de diligence ». *Dans Rev. trim. de droit civil 1936, pp. 1 ss.*
H. et L. MAZEAUD. Leçons de droit civil (T.I et II). *Paris, Mont-Chrestien, 1955-1956.*
H. et L. MAZEAUD. Un acte conforme aux usages peut-il être fautif? Dans Rev. trim. de dr.civ. 1946, p. 223.
H. et L. MAZEAUD. Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle. *4e éd., Paris, Sirey, 1948-1950.*
J. MAZEN. Essai sur la responsabilité civile des médecins. *Thèse, Grenoble 1935.*
B. MÉAN. De la responsabilité civile à l'assurance accident. *Dans JdT 1949, pp. 226-247.*
R. MEERT – VAN DE PUT. Responsabilité juridique de l'infirmière. *Dans Nursing, 41e année, 1969, 2, pp. 7-14.*
A. MEIER-HAYOZ. Contrats non prévus par la loi. *FJS 1134 et 1135.*
E. MEIER-HAYOZ. Ist der Arzt verpflichtet, Krankengeschichten an Gerichte herauszugeben?. *In SJZ 45 (1949), p. 3.*

H. MEILLET. Convient-il de demander au malade une preuve écrite du consentement à l'intervention? *Dans Le Concours Médical, 1er septembre 1951, p. 4063.*
H. MEILLET. A qui incombe la preuve du consentement à l'intervention? *Dans Le Concours Médical 15 septeembre 1951, p. 3081.*
M. MERGER. Problèmes juridiques de la stérilisation féminine en fonction de aspects médicaux et sociaux. *Dans JCP 1963.I.1770.*
M. MERGER. Les règles juridiques actuelles ne sont plus compatibles avec une saine médecine. *Bull. Cons. Dép. de l'Ordre des Médecins, édit., Paris, juin 1971.*
R. MERLE. Le corps humain, la justice et les experts. *Dans JCP 1955, I, 1219.*
J. MIGNON. Le médecin remplacé n'est pas responsable des fautes professionnelles de son remplaçant. *Dans Le Concours Médical, 24 avril 1938.*
J. MIGNON. Le fondement idique de la responsabilité civile des médecins et des chirurgiens. *Dans D.1950, chron., p. 121.*
J. MIGNON. Il faut abroger le Code de déontologie. *Dans Concours Médical, 13 août 1955, p. 3123.*
D. MINAFRA. La responsabilità professionale del medico. *Dans Rev. Fed. med., ottobre 1976, vol. 29, p. 257.*
P. MOLLARET et V. VIC-DUPONT. Les limites morales de la réanimation. *Dans La Presse Médicale, 18 octobre 1969, 77, N° 43, pp. 1541-1544.*
M. MONNEROT – DUMAINE. Quelques points de jurisprudence médicale aux Etats-Unis. *Dans La Presse Médicale, 1er mars 1969, 77, N° 11, p. 413.*
M. MONNEROT – DUMAINE. De l'affaiblissement du sens de la responsabilité chez les médecins. *Dans La Presse Médicale, 9-16 juillet 1966, 34, 1787-1789.*
M. MONNEROT – DUMAINE. Eveiller le sens de la responsabilité médicale. *Dans La Presse Méd, 23-30 juil. 1966, N° 35, 1825-1827.*
M. MONNEROT – DUMAINE. La recherche du juste milieu en responsabilité. *Dans La Presse Médicale, 10 septembre 1966, 37, pp. 1915-1919.*
M. MONNEROT – DUMAINE. Les deux tendances de la responsabilité médicale juridique. *Dans La Presse Médicale, 27 août 1966, 36, 1865.*
M. MONNEROT – DUMAINE. Existe-t-il un conflit chirurgien-anesthésiste? *Dans La Presse Médicale, 4 janvier 1969, 77, N° 1, p. 5.*
A. MONSAINGEON. Le chirurgien. *Dans Cahiers Laënnec, N° 3, 1952.*
MONTAGNE. L'anesthésie doit être un acte de spécialiste. *Tonus, 1970.*
P. MONZEIN. La responsabilité pénale du médecin. *Dans Revue de Science criminelle et de Droit pénal comparé, 1972, 4, pp. 861-882.*
H.J.V. MORTON. Anesthetic deaths with special reference to death due to regurgitation and vomiting. *Dans An. et Anal., 1952, T. IX, N° 2, pp. 45-60.*
MOSNY. Le fondement juridique de la responsabilité médicale. *Dans La Presse Médicale, 1938, p. 747.*
MOSNY. Le rôle du consentement du malade dans la responsabilité médicale. *Dans La Presse Médig- 1938, p. 931.*
J. MOULLEC. Groupes sanguins et épreuves de compatibilité. *Dans Encyclopédie médico-chirurgicale 4-1958, N° 36725 A10, pp. 1 ss.*
J.-P. MUELLER. Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitschutz des Privatrechts. *Thèse, Berne 1964.*
M. MULLER. La responsabilité de l'expert. *Dans Ann. de Méd. lég. et crim., N° 4, 1951.*
P. MULLER. Les droits personnels du malade, bases et limites de la pratique médicale. *Communication au 1er Congrès international de morale médicale, Paris 1955, compte-rendu, pp. 175 ss.*

MUSCOLO. Fondamento, natura e limiti della colpa medica. *Dans Giust. Pen., 1970, XI, pp. 49 ss.*
M. R. MUSTAFA. La distinction du mandat et du contrat d'entreprise en droit suisse. *Nouvelle bibliothèque de droit et de jurisprudence, Lausanne 1958.*
A. NARAKAS. De l'expert et de l'expertise. *Dans Médecine et Hygiène, N° 1082, du 12 décembre 1973, pp. 1957-1960.*
NAST. La nature juridique de la responsabilité du médecin et du chirurgien. *Dans JCP 1941, I, 203.*
H. NATER. Die Haftpflicht des Geschäftsherrn gemäss OR 55 angesichts der wirtschaftlich-technischen Entwicklung. *Thèse, Zurich 1970.*
P. NÈGRE. La responsabilité civile dans la pratique de la médecine. *Libr. générale de droit, Paris 1935.*
E. NEUVICQ. Responsabilité médicale et anesthésie. *Dans Gaz. Méd.- de France, 10 janvier 1957, T. 64.*
E. NICOLAS. La transfusion en anesthésie réanimation. *Dans Scalpel, 5 juillet 1958, N° 27, pp. 3-19.*
C. NICOLLE. Responsabilité des médecins et des chirurgiens. *Dans Collège de France, 1936.*
NOLL. Das aerztliche Berufsgeheimnis. *Rapport au V^e Congrès international de droit comparé, 1958.*
L.-M. NORDMANN. Le contrat d'opération chirurgicale. *Thèse, Paris 1939.*
K. OFTINGER. Schweizerischer Haftpflichtrecht. *Bd. I, Allgemeiner Teil, Bd. II/1 et Bd. II/2, 2. Auflage, Zurich 1958-1962.*
K. OFTINGER. Jurisprudence du Tribunal fédéral sur la partie générale du Code des obligations. *Traduit de l'allemand par Raymond Jeanprêtre. Schulthess Zurich, 1970.*
K. OFTINGER. Haftpflicht, Versicherung... *Dans Recueil des travaux suisses présentés au VIII^e Congrès international de droit comparé, 1970, p. 110.*
K. OFTINGER. Höhe der Genugtuung (Art. 49 OR). *Dans RSJ 54/1958, p. 336.*
R. OLIVEAU. Le médecin et les problèmes juridiques causés par la mort. *Thèse, Poitiers 1970.*
OLLIVIER et R. PIEDELIEVRE. A propos du droit de guérir. *Dans Ann. de méd. lég., 1933, p. 40.*
ORTICONI. La responsabilité du chirurgien. *Dans Le Concours médical, 20 mars 1927.*
H. OSER et W. SCHOENENBERGER. Das obligationenrecht. I. Halbbd: Art. 1-183; 2. Halbbd: Art. 184-418, 2. Auflage, Zurich 1929 *(Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V).*
H. OTT. Le secret médical et l'intérêt public. *Dans Bulletin des médecins suisses, N° 19, du 8 mai 1974, pp. 719-720.*
H. OTT. Une victime de «Fautes professionnelles» souvent oubliée: le médecin. *Dans Bull. méd. suisses, N° 27, du 9 juillet 1975, p. 1029.*
P. PACHE. La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat en droit français et son application en droit suisse. *Thèse, Lausanne 1956.*
Ch. PADRUITT. Transplantation cardiaque à Zurich reconnue légale. *Dans Bull. des médecins suisses, N° 38, du 24 septembre 1975, p. 1374.*
O. PALANDT. Bürgerliches Gesetzbuch. *München und Berlin, 1951.*
R. PANNAIN. La colpa professionale dell'esercente l'arte sanitaria. *In Riv. Dir. Pen., 1955, 50.*
H. PARENT. De la responsabilité des chirurgiens en matière de soins esthétiques. *Thèse, Rennes 1932.*

J. PARIS et BOULAND. La responsabilité des médecins et des chirurgiens-dentistes d'après la jurisprudence. *Ed. de la Semaine dentaire, 1925.*
R. PATRY. Les contrats d'adhésion comme source de droit. *Dans 91 bis, pp. 367 ss.*
R. PATRY. L'obligation de sécurité en droit français et suisse. *Dans RJB, 93/1957, pp. 41-67.*
S.G. PAUKER, J.P. KASSIRER. Therapeutic decision making: A costbenefit analysis. *Dans «The new England Journal of Medecine», Nr. 5, vol. 293, du 31 juillet 1975, pp. 229 ss.*
PELAGI. Della responsabilità del chirurgo e del veterinario. *In Riv. Diritto e Pratica nell'Assic., 1969, 3, pp. 335 ss.*
J. PENNEAU. Faute et erreur en matière de responsabilité médicale. Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1973.
J. PENNEAU. Faute, erreur et responsabilité médicale. *Dans «Instantanés médicaux N° 1 et 2, janvier et février 1973 (publiés par l'Encyclopédie médico-chirurgicale) pp. 20-23 et 46-47.*
H. PEQUIGNOT. L'information médicale du public. *Dans Cahiers Laënnec, 1954.*
H. PEQUIGNOT. L'éducation du médecin. *Dans Cahiers Laënnec, mars 1954, p. 34.*
H. PEQUIGNOT. Médecine et Monde moderne. *Ed. de Minuit, Paris, 1955.*
J. PEQUIGNOT. La stipulation pour autrui: son évolution, son régime en droit suisse et son application à l'assurance sur la vie. *Thèse Berne, Zurich 1942.*
E.-H. PERREAU. Eléments de jurisprudence médicale. *Paris 1908.*
C.V. PERRIER. Informations sur le médicament. *Dans Médecine et Hygiène, N° 1141, du 26 mars 1975, pp. 453-454.*
W. PERRIG. Ueber den adäquaten Kausalzusammenhang im Haftpflichtrecht. *Dans RSJ 58, 1962, pp. 293-302.*
M. PETITPIERRE. La responsabilité causale. *Rapport présenté à la Société suisse des juristes, dans RDS N.S. 49 (1930), pp. 65a ss. – 114a.*
A. PEYTEL. La responsabilité des médecins et des chirurgiens. *Baillières, Paris 1935.*
A. PEYTEL. A propos de la responsabilité médicale. *Dans Ann. Méd. Lég. 1935, p. 450.*
A. PEYTEL. Un élément essentiel de la responsabilité médicale. *Dans Ann. méd. lég. 1939/419.*
A. PEYTEL. La responsabilité des médecins. Une question de preuve. *Dans Ann. méd. lég., 1939, p. 211.*
A. PEYTEL. La responsabilité des médecins. Essai de mise au point. *Dans Gaz.Pal. 1940.2.63.*
A. PEYTEL. La responsabilité des chirurgiens du fait d'autrui. *Dans La Vie Médicale, 10 juin 1945, p. 121.*
A. PEYTEL. La médecine au palais et la responsabilité du fait d'autrui. *Dans Paris-Médical, 10 septembre 1949.*
A. PEYTEL. Le consentement des malades et les opérations chirurgicales. *Dans Santé Publique, 1er décembre 1952.*
H. PHARAON. La responsabilité du médecin en Droit français. *Thèse, Lausanne 1961.*
S. PIACENZA. Errore professionale del chirurgo e regola dell'arte. *In JUS, 1955, p. 311.*
M. PICARD. La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine. *Dans Rev. trim. dr.civ. 1921, p. 419 et 1922, p. 5.*
P. PIOTET. Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en droit privé suisse. *Berne 1963.*
P. PIOTET. La formation du contrat en doctrine générale et en droit privé suisse. *Ed. Staempfli & Cie, Berne 1956.*

H. PLANCHE. Le paternalisme médical. *Dans Le Concours médical, 12 mai 1961, p. 1769.*
M. PLANIOL. Traité élémentaire de droit civil, T. I et II. *Paris 1943.*
M. PLANIOL et G. RIPERT. Traité pratique de droit civil français. T. I-XIV, Paris, R. Richon et R. DURAND-Auzias, 1925-1934. T. XI, 2e éd., Paris 1954.
J. PLANQUES, M. FONTAINE, M. GAULTIER, J.-M. GAULTIER, J.-M. PICARD, G. POMMEPUY, L. ROCHE et J. VERHAEQUE. Responsabilité de l'anesthésiologiste. *Dans Anes.-Analg.-Réan., 1966, 23, N° 3, pp. 689-724.*
PLEINDOUX. Chirurgie esthétique et responsabilité médicale. *Thèse Lyon, 1932.*
L. POLLET. A propos du fondement juridique de la responsabilité médicale. *Dans La Presse Médicale, 1938, pp. 245 et 860.*
L. POLLET. Responsabilité médicale ou administrative dans la pratique médicale hospitalière. *Dans Ann. méd. lég. 1938, p. 643.*
L. POLLET. Un aspect spécial de la responsabilité médicale. Responsabilité du médecin de l'hôpital. *Dans Ann. méd. lég., 1938, p. 433.*
L. POLLET. Qu'est-ce qu'une opération chirurgicale? *Dans Ann. méd. lég. 1938, pp. 456 ss.*
A. POMMEROL. La responsabilité médicale devant les tribunaux. – Le Mercure Universel – *Collection de jurisprudence médicale et de médecine légale. Valentin Bresle, Ed. 31.*
L. PORTES. Du consentement du malade à l'acte médical. *Communication à l'Académie des Sciences Morales et Politiques, 30 janvier 1950.*
L. PORTES. Le secret médical. *Communication à l'Académie des Sciences Morales et Politiques. 5 juin 1950.*
L. PORTES. A la recherche d'une éthique médicale. *Masson, Edit., 1954. Communication à l'Académie des sciences Morales et Politiques (30 janvier 1950)*
J. POULETTY. «L'audience est suspendue». *Dans Le Concours médical, 1er mai 1971, T. 93, N° 18, pp. 3273-3274.*
F. PREVET. La moralité professionnelle des origines à nos jours. *Sirey, Paris 1956.*
N. QUESTIAUX. La responsabilité du service public médical et du médecin pratiquant en service public: Remarques sur la jurisprudence administrative. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Communications compte-rendu, p. 65.*
RALLIER. De la responsabilité chirurgicale et opératoire. *Thèse, Paris 1913.*
M.-J. RAUZY. Les obligations du médecin. *Libr. gén. de droit et de jurisprudence, Paris, 1939.*
M. REGAMEY. La protection de la personnalité en droit civil, essai de critique et de synthèse. *Thèse, Lausanne 1929.*
REICHEL. Operation ohne Einwilligung der Patientin. *Dans Aerztl. Sachverst.-Ztg., 1932, p. 12.*
RENDU. La Responsabilité des Médecins. *Thèse, Paris 1909.*
L. RENÉ. Problèmes médico-légaux posés par la transfusion sanguine. *Dans Cahiers d'anesthésiologie, T. 23, N° 6, 1975, pp. 655 ss.*
P. RENTCHNICK. Faut-il recommander la vasectomie? *Dans Médecine et Hygiène, N° 1010, du 10 mai 1972, p. 744.*
Cl. REVAZ et P.A. GLOOR. La stérilisation masculine: Aspects médicaux et psychosociologiques. *Dans Médecine et Hygiène, N° 1036, du 13 décembre 1972, pp. 1913-1914.*
L. RIBEIRO. Le droit de guérir. *Communication au 1er Congrès international de morale médicale, Paris 1955, Bull. de l'Ordre des Médecins, 1955, IV, p. 333.*
J.-L. RIVIER. Les transplantations d'organes. *Dans JdT 1970 IV 66 ss.*

B. BRODET. La responsabilité civile des médecins et la jurisprudence actuelle. *Thèse, Lyon 1937.*
RODIERE. Y a-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui. *Dans D. 1952, Chron., p. 79.*
N. ROJAS. Eléments constitutifs de la responsabilité médicale. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Communications compte-rendu, p. 175.*
H. ROSENSTIEL. Responsabilité civile du médecin. *FJS N° 846.*
G. ROSENTHAL. L'erreur de diagnostic devant la Justice. *Dans Le Médecin français, 1946, p. 223.*
V. ROSSEL. Manuel du droit fédéral des obligations. *4e éd., 2 vol., Lausanne-Genève 1920, supplément 1926.*
C. ROUET. Rachianesthésie. *Dans Encyclopédie médico-chirurgicale 10-1963, N° 36525 A10, pp. 1 ss.*
.P. ROUX. Le mensonge et la responsabilité médicale. *Dans La Presse Médicale, 11 octobre 1952.*
M. ROUX. Sur la mortalité opératoire et le risque anesthésique. *Dans An. Anal. et Réan., janvier-février 1957, T. XIV, N° 1, pp. 81-90.*
M. RÜMELIN. Haftung im klinischen Betrieb. *Tübingen, 1913.*
R. RUSSEK. Das aerztliche Berufsgeheimnis. *Thèse, Zurich 1954.*
X. RYCKMANS. Les droits et les obligations des médecins. *Ed. Larcier, Bruxelles 1954.*
X. RYCKMANS et R. MEERT-VAN DE PUT. Les récents arrêts en matière d'art de guérir. *Dans Journ. des Trib., 83e anéée, 2 mars 1968, N° 4607, p. 141, Bruxelles.*
J.F. SADUSK Jr. (Oakland Californie). Risques de la médecine et responsabilité professionnelle. *Dans Médecine et Hygiène, N° 378, du 20 novembre 1957, pp. 544-545 et N° 379 du 30 novembre 1957, p. 573.*
P. SAHUT. Nature juridique de la responsabilité civile des médecins. *Thèse Montpellier, 1937.*
R. SALOMON. La responsabilité du médecin-expert en France. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Communications compte-rendu, p. 88.*
SANTOS. Des considérations sur la chirurgie esthétique. *Dans Rev. de dr. pénal et de crim., 1932, p. 699.*
F. SARDA. Le recours au pénal. *Dans le Monde», 19 janvier 1971.*
H. SAUBEVAL. Médecins et clients. *Paris Flammarion.*
G. SAUSER – HALL. Capacité civile des personnes physiques. *FJS N° 571 à 577.*
J. SAVATIER. Etude juridique de la profession libérale. *Thèse, Poitiers 1946.*
J. SAVATIER. La profession libérale. *Librairie générale de Droit, Paris, 1947.*
J. SAVATIER. Les greffes devant le droit. *Dans Cahiers Laënnec, Mars 1966, p. 28.*
J. SAVATIER. Responsabilité civile médicale, Principes généraux. *Dans Jurisclasseurs, fasc. 30A de novembre 1966, N° 116.*
J. SAVATIER. «Et in hora mortis nostrae» – Le problème des greffes d'organes prélevées sur un cadavre – *In Dalloz 1968-89.*
J. SAVATIER. Evolution de la responsabilité du médecin anesthésiste. *Dans Cahiers Laënnec, juin 1969, pp. 52-62.*
R. SAVATIER. Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels. *Dans D.H. 1931, p. 9.*
R. SAVATIER. La responsabilité médicale. *Lethielleux, Paris 1948.*
R. SAVATIER. Traité de la responsabilité civile en droit français, civil, administratif, professionnel et procédural. *T. I et II. 2e éd., Paris 1951.*
R. SAVATIER. Impérialisme médical sur le terrain du droit: le permis d'opérer et les pratiques américaines. *Dans D.1952, Chron., p. 157.*

R. SAVATIER. De sanguine jus. *Chronique au Recueil Dalloz, 1954, p. 141.*
R. SAVATIER. Le dommage et la personne. *Dans D.1955, chr. p. 5.*
R. SAVATIER. Les conditions d'exercice de la médecine. *Rapport au 1er Congrès international de Droit médical comparé, 1955, «Travaux», I, p. 198.*
R. SAVATIER. Au confluent de deux humanismes: Entente et mésentente entre médecins et juristes. *Dans Concours Médical, 7 janvier 1956, p. 61.*
R. SAVATIER. Problèmes juridiques de la greffe humaine. *Dans Cahiers Laënnec, 1, 1956.*
R. SAVATIER. La condition juridique du malade. *Dans «Présences», 4e trim., 1958, N° 65, pp. 19-28.*
R. SAVATIER. Sécurité humaine et responsabilité civile du médecin. *Dans Chronique Dalloz 1967, p. 40, N° 80.*
R. SAVATIER. Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé; *Dans D.1970, chr. 123.*
R. SAVATIER, J.-M. AUBY, J. SAVATIER, H. PEQUIGNOT. Traité de Droit Médical. *Librairies Techniques, Paris 1956, cité SAVATIER, traité.*
N. SBAI. La solidarité entre les débiteurs en droit suisse et français. *Thèse, Genève 1950.*
P.E. SCHATZMANN. La responsabilité plurale en matière d'actes illicites. *Thèse Genève 1928.*
E. SCHIFFERLI. Der ärztliche Behandlungsvertrag, die Basis der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes. – Ein Betrag zur medizinischen Deontologie – *Thèse méd., Genève 1938.*
E. SCHLATTER. Constatation de décès, autopsies, prélèvement d'organes. – A propos de l'ordonnance du Conseil d'Etat zurichois sur les hôpitaux cantonaux – *Dans Médecine et Hygiène, N° 979, 6 octobre 1971, pp. 1507-1508.*
O. SCHMID-SCHMIDSFELDEN. Le problème de l'action psychologique pré et post-opératoire. *Dans Anaesthetist, juin 1953, 2, N° 3, p. 106.*
E. SCHMIDT. Operation ohne Einwilligung. *Dans Aerztl. Sachverst.-Ztg., 1930,p. 193.*
J. SCHNETZLER. L'intervention pratiquée contre le gré du patient par les médecins d'un établissement hospitalier. *Avis de droit donné au Chef du Département de l'Intérieur de l'Etat de Vaud, mai-juin 1966.*
B. SCHNYDER. Die Haftung des Arztes für seinen Vertreter. *Dans SJZ 51 (1955), p. 105.*
H. SCHROEDER. Der Dienstverschaffungsvertrag. *Thèse, Rostock 1914.*
J.-C. SCHULTSZ. Responsabilité médicale aux Pays-Bas. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Communications compte-rendu, p. 187.*
D. SCHWANDER. Anesthésie et patient: situation et choix. *Leçon inaugurale de privadocent, Faculté de médecine, Lausanne, décembre 1976.*
D. SCHWANDER, A. SCHWANDER-TAYLOR, J. FREEMAN. Anesthésie du patient ambulatoire. *Dans Helv. chir. Acta 44 (1977), pp. 143 ss.*
P. SCHWARZ. Adäquate Kausalität und Verschuldenshaftung. *Basler Juristische Mitteilungen, N° 1, 1er mars 1970, pp. 1-15.*
W.SCHWEISHEIMER. USA: «Defensive Medizin» wegen häufiger Kunstfehlerklagen. *Dans Bull. méd. suisses, N° 1, du 5 janvier 1973, p. 5.*
R. SECRÉTAN. Le Concours de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle en droit suisse. *Dans RDS 68, 1949, pp. 183-203.*
R. SECRÉTAN. Droit des obligations. Partie générale. *Notes de cours, 5e éd., Lausanne 1950.*
R. SECRÉTAN. Etude relative à la distinction entre les notions de faute grave et faute légère. *Lausanne, 1955.*

L. SÉGUR. La notion de la faute contractuelle en droit civil français. *Aix, Presses universitaires, 1956.*
E. SEIFERT. L'anesthésie de courte durée dans le cabinet de consultation du praticien. *Dans Münch. Med. Wschr., 4 avril 1958, 100, N° 14, p. 542.*
R. SÉNELLART. Des contrats de louage de services passés par les médecins. *Thèse, Paris 1940.*
A. SIMONIUS. La notion de l'ordre public et des bonnes mœurs dans le droit privé. *Rapport suisse, in Travaux de l'Association Henri Capitant, T. VII, 1952, pp. 797 ss.*
A. SIMONIUS. Les droits de la personnalité. *Dans RDS 66/1947, p. 25.*
V. SPEZIA. Limiti della liceità giuridica del trattamento medico chirurgo. *Morano, Ed., Naples 1933.*
E. STARK. Probleme der Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts. *Rapport à la Société suisse des juristes dans RDS 86/1967 II, pp. 1 ss.*
STAUDINGER. Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. *Leipzig, 1930.*
W. STAUFFER, T. SCHAETZLE. Barwerttaffeln. *3e édit., Zurich 1970.*
P. STEIN. La réparation morale. *Genève 1970.*
P. STRAUSS. La réglementation de la profession de sage-femme. *Thèse, Paris 1925.*
R. STUCKI. Mehrheit von Ersatzpflichtigen. *Thèse, Zurich 1966.*
P. SZÖL-LÖSY et Ch. ROBERT-TISSOT. L'évaluation du dommage résultant de l'invalidité dans divers pays européens. *Zurich 1974.*
TANDOGAN. La réparation du dommage causé à un tiers. *Dans Mélanges R. Secrétan, Lausanne 1964, pp. 305 ss.*
N. L. TAYLOR. La responsabilité juridique des médecins en Angleterre. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Communications compte-rendu, p. 98.*
R. TENDLER. Le rapprochement des droits français et suisse en matière de responsabilité des commettants du fait de leurs préposés. *Dans Rev.int.dr.comp., 1972, pp. 677 ss.*
P. TERCIER. Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse. *Thèse Fribourg 1971.*
TERCINET. Le Code de la sage-femme. *Paris, 1924.*
E. TESSON. Greffe humaine et morale. *Dans Cahiers Laënnec, 1956, N° 16, p. 28.*
E. TESSON. L'expérimentation humaine en médecine. *Ed. Lethielleux.*
M.-H. THÉLIN. La Responsabilité civile du médecin. *Librairie de droit – F. Roth & Cie, Lausanne 1943.*
M.-H. THÉLIN. L'insémination artificielle. *Dans Ann.med.lég., 1947, pp. 209 ss.*
M.H. THÉLIN. Droit pénal et médecine. *Roth, éd., Lausanne 1942.*
J.-M. THEOLLEYRE. Les prélèvements d'organes et l'évolution du droit. *Dans «Le Monde» du 17 et 18 avril 1968.*
E. THILO. Responsabilité civile du médecin. – Principes jurisprudentiels du Tribunal fédéral – *Libr. Payot & Cie S.A., Lausanne 1932.*
E. THILO. La responsabilité professionnelle du médecin. – Exposé systématique de la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse. *R. Roth & Cie, Lausanne 1936.*
E. THILO. « De l'obligation de se soumettre à une opération chirurgicale ». *JdT 1931 I 162.*
E. THILO. La notion de famille (Angehörige) *Dans JdT 1932 I 123 ss.*
E. THILO. De l'indemnité pour perte de soutien. *Dans JdT 1932 I 34 ss.*
E. THILO. La responsabilité professionnelle du médecin. *Dans JdT 1946 I 105.*
E. THILO. Changement de sexe et rectification de l'état civil (art. 45, al. 1, CC). *Dans JdT 1946, I, 220-222.*
E. THILO. Note sur la lésion. *Dans JdT 1946 I 354.*
C. THOMAS. La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat. *Dans Rev. critique de législation et de jurisprudence, 1937, pp. 636 ss.*

G. THOMERET et A. DURANTEAU. A propos des accidents mortels de l'anesthésie. *Dans Anest. et Analg., janvier-février 1957, 14, N° 7, p. 121.*
J. THORENS. Le dommage causé à un tiers. *Thèse, Genève 1962.*
P. TIBERGHIEN. Médecine et morale. *Paris, Desclée 1952.*
M. TRESCH. La risarcibilità del danno morale puro. *Thèse, Berne 1941.*
J. TRILLOT. Un cas de mort subite pré-opératoire. *Dans Ann. méd. lég. N° 24, 1946, p. 89.*
J. TRILLOT. Réponse à l'enquête sur le permis d'opérer. *Dans La Vie Médicale, février 1952.*
W. TSCHUDI. Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen. *Thèse, Berne 1949.*
A. Von TUHR. Partie générale du Code Fédéral des obligations. T. I - II. *Trad. de l'allemand par Maurice de Torrenté et Emile THILO. Lausanne 1933-34, 2e éd.*
A. TUNC. La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence. *Dans Sem. jurid., 1945 I 449.*
A. TUNC. Garde du comportement et garde de la structure dans la responsabilité du fait des choses inanimées. *Dans JCP 1957 I 1384.*
A. TUNC. Assurance et reponsabilité civile. Un projet de réforme du système légal de l'assurance automobile. *Dans Revue de droit pénal et de criminologie 46/1965-66, pp. 595-617.*
A. TUNC. La responsabilité civile. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Rapports, p. 23.*
A. TUNC. La sécurité routière. Esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation. *Paris 1966.*
A. TUNC. L'enfant et la balle. Réflexions sur la responsabilité civile et l'assurance. *Dans JCP 1966 I 1983.*
A. TUNC. La détermination du gardien dans la responsabilité du fait des choses inanimées. *Dans JCP 1960 I 1952.*
P. TUOR. Le Code civil suisse. *2e éd., d'après la 5e ed. allemande par Henri Deschenaux, Zurich 1950.*
A.A. ULRICH. Das aerztliche Geheimnis. *Thèse Zurich 1934.*
P. VALLERY - RADOT. Médecine à l'échelle humaine. *Libr. Arthème Fayard.*
J. VALLETTA. Les limites de la prophylaxie des accidents anesthésiques post-opératoires. *Dans Anesth.-Analg.-Réan., janvier-février 1959, 14, N° 1, pp. 129-134.*
J. VALLETTA. Sonde gastrique fourvoyée. *Dans Cahiers d'anesthésiologie, T. 23, N° 2, 1975, pp. 209 ss.*
VASSEUR. Urgence et droit civil. *Dans Rev.trim.dr.civ. 1954, p. 414.*
R. VASSILÉVA et P. ROUPTCHÈVA. Consentement du malade à l'opération. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Communications compte-rendu, p. 335.*
F. VERDIER. La responsabilité du médecin du fait des choses dont il a la garde. *Dans Le Concours Médical, 28 septembre 1968, p. 6211.*
F. VERDIER. Responsabilité civile du médecin anesthésiste en clientèle privée. *Dans Le Concours Médical, 22 novembre 1969, 91, N° 47, pp. 8730-8737.*
H. VERDUN. La responsabilité des médecins du fait de leurs auxiliaires. *Dans Ann. Méd. Lég., février 1934.*
J. VIDAL. Comment doit s'exprimer le consentement du malade à l'acte médical? *Bull. Cons. Ordre des Méd. 1952, N° 1, pp. 18 ss.*
J. VIDAL. Réflexions sur l'étendue et limites de la responsabilité médicale au point de vue juridique. *2e Congrès international de morale médicale, Paris, mai 1966, Rapports, p. 175.*

J. VIDAL et J.-P. CARLOTTI. Les raisons morales du secret. *Rapport au 1er Congrès international de morale médicale, Paris 1955, tome I des Travaux du Congrès, p. 49, 51.*

J. VIDAL et J.-P. CARLOTTI. Le consentement du malade à l'acte médical. *Rapport au 1er Congrès international de morale médicale, Paris 1955, Travaux, I, pp. 75 ss.*

J. DE VILLE DE GOYET. Le risque acceptable en anesthésiologie. *In « Anesthésiologie européenne », juillet 1959, N° 6, pp. 3 ss. (Congrès de Lyon, 12 juillet 1959)*

J. DE VILLE DE GOYET. La responsabilité professionnelle de l'Anesthésiste en Belgique. *Rapport au XXe Congrès National d'Anesthésie-Réanimation, Strasbourg, 15 mai 1970.*

J. VINCENT-ESPINASSE. Explosions en anesthésie. *Dans Encyclopédie médico-chirurgicale, N° 364 30, pp. 1 ss.*

G. VINEY. Le déclin de la responsabilité individuelle. *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris 1965.*

Ch. VITANI. Législation de la mort. *Masson, 1962.*

VOISENET. La faute lourde en droit privé français. *Thèse, Dijon 1934.*

R. VOUIN. La violation du secret médical. *Dans Instantanés médicaux, 1973, pp. 108 ss. (Bull. mensuel publié par l'Encyclopédie médico-chirurgicale).*

R. VOUIN. Secret médical : le secret de l'expert. *Dans Instantanés médicaux,3, pp. 180 ss. (Bull. mensuel publié par l'Encyclopédie médico-chirurgicale).*

G. VOURC'H. A propos d'une mort en cours d'opération. *Dans Cahier Anesth., décembre 1955, 3, N° 4, p. 332.*

G. VOURC'H. Incidences de la posture sur le malade en cours d'opération. *Dans Encyclopédie médico-chirurgicale, 12-1961, N° 36.375 A10, pp. 1. ss.*

G. VOURC'H. L'anesthésie en dehors de la pratique hospitalière. *Dans Revue Praticien, 21 juin 1962, 12, N° 18, p. 1979.*

G. VOURC'H. Les accidents anesthésiques que le chirurgien doit connaître. *Les Entretiens de Bichat-Chirurgie, Paris 1966, 14.*

G. VOURC'H. Anesthésie et Réanimation chirurgicale. *Dans Revue du Praticien, 21 octobre 1967, XVII, 27, 3747-3752.*

G. VOURC'H. Accidents anesthésiques en pratique privée. *Dans Acta.Anesth., Tome XV.*

Guy VOURC'H et Bernard BAUDILLERE. Etude des Accidents anesthésiques survenus en pratique privée de 1955 à 1965. *Dans Acta Inst. d'anesth. 1966, XV, pp. 5-47.*

WARNEYER. Haftung für aerztliche Kunstfehler. *In « Der Chirurg. », 1933, Hft. 8.*

C.E. WASMUTH. Anaesthesia and the Law. *C.C. Thomas, ed. Springfeld, Illinois, USA, 1961.*

G. WEBER. Le chirurgien face à la décision d'opérer. *Dans Bull. méd. suisses N° 31, du 31 juillet 1974, p. 1181 et N° 32, du 7 août 1974, p. 1215.*

A. WEILL. Droit civil : Les obligations. *Dalloz, 1971.*

W. WEISSAUER. Arbeitsteilung und Abgrenzung der Verantwortung zwischen Anaesthesist und Operateur. *In der Anaesthesist, juillet 1962, T. XI, N° 7, pp. 239-256.*

W. WEISSAUER. Die rechtliche Verantwortung des leitenden Anaesthesisten. *In Der Anaesthesist, Déc., 1964, 12, pp. 385-394.*

Ch. WORTH. On negligence. *4e éd., Sweet and Maxwell, Londres 1962 (Res ipsa loquitur : pp. 42-51)*

F. WUHRMANN. Le secret professionnel médical et l'assurance. *Dans Bull. des méd, suisses suisses, N° 13, du 31 mars 1976, pp. 446-448.*

W.D. WYLIE. Le risque anesthésique. *Dans Cahiers d'anesthésiologie, T. 23, N° 4, 1975, pp. 351 ss.*

W. YUNG. Devoirs généraux et obligations. *Dans Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schoenenberger, Fribourg, 1968.*
V. ZAMPARDI. Sulla responsabilità professionale del medico chirurgo. *Dans «Sicur.soc.», N° 7-8, 1954.*
ZANGGER. Medizin und Recht, *Zurich 1920.*
F. ZETTLER. Les possibilités et les problèmes de l'anesthésie pour le médecin en pratique ambulatoire. *Dans Münch. Med. Wschr., 6 mai 1955, 97, N° 18, p. 585.*

Ouvrages collectifs ou anonymes

A. APPAIX, J. MARCHAND et P. FLEURY, avec la participation de L. KORN-PROBST, P. MOUNIER-KUHN et J.-P. HAGUENAUER. Les accidents en thérapeutique oto-rhino-laryngologique. – Conséquences sur le plan de la responsabilité médicale et essais sur les moyens de leur prévention. *Société française d'oto-rhino-laryngologie et de Pathologie cervico-faciale. Librairie Arnette, Paris 1976.* (cité ORL, Ouvrage collectif).
LA Responsabilité civile professionnelle de l'anesthésiologiste. *Anesthésiologie, N° 5, mai 1974 (numéro spécial), pp. 261 ss.*
Complications des 24 premières heures post-opératoires. Journées d'enseignement post-universitaire d'anesthésiologie et de réanimation. *Ouvrage collectif de la Société française d'anesthésie, d'analgésie et de réanimation. Librairie Arnette, Paris 1975.*
Quelle médecine demain? Pour quel homme? *Travaux du X^e Congrès médico-social protestant de langue française. Ed. Berger-Levrault, Paris 1974.*
La responsabilité du chirurgien. XVI^e Colloque de Médecine de France. *Dans «Médecine de France», pp. 9-60, N° 231 (1972). Olivier Perrin, Ed. Paris.*
Le médecin face aux risques et à la responsabilité. *Ouvrage collectif. Paris 1968.*
Responsabilité du médecin ou «La faute en anesthésie», *Librairie Arnette, décembre 1966, XIV, N° 8, pp. 1019-1029, Cahiers d'anesthésiologie.*
Existe-t-il un œcuménisme médical? 2Médecine de France N° 12, 13, 15 (1949).
Aspects nouveaux des risques et des responsabilités en médecine (Colloque). *Médecine de France N° 102 (1959).*
Dictionnaire de médecine Flammarion. *Editions Flammarion, Paris, 1975.*
La vocation chirurgicale (Colloque). *Dans Médecine de France N° 144, 149, 1964.*
Problèmes médico-légaux posés par les comas dépassés et les prélèvements d'organes. *Dans Ann. Anesth. franç., 1967, 8 (N° spécial 2) pp. 1063-1078.*
Modern anesthetic problems from the legal point of view. *Dans Anesthesiology, vol. III, N° 1, January 1968, abstract N° 5.*
Modern Anesthetic Problems in ORL considered from the medical Jurisprudence. *Dans Anesthesiology, vol. II, N° 12, décembre 1967, p. 2111.*
«Malpractice». *Dans Bull. des méd. suisses N° 33, 20 août 1975, pp. 118-119.*
La responsabilité du praticien. *Dans «Le Monde», 31 octobre 1972, p. 32.*
Risque thérapeutique ou risque judiciaire? *Dans «Le Monde» du 20 février 1974, p. 18.*
Il n'y a pas de petite anesthésie (débat). *Dans Concours Médical, 24 octobree 1970, 92-43, 7806-7816.*

La Convention passée entre les sociétés françaises d'assurances couvrant le risque de responsabilité médicale. *Dans Le Concours Médical, 1969, N° 47, p. 87 37.*

Que faut-il penser de l'insémination artificielle? *Dans Médecine et Hygiène, N° 1025, du 27 septrembre 1972, p. 1382 (reprise d'un article du 1er septembre 1947).*

Directives pour la recherche expérimentale sur l'homme. établies par l'Académie suisse des sciences médicales. *Dans Médecine et Hygiène, N° 962, du 5 mai 1971, p. 764.*

Les droits des malades et des médecins. *Dans Médecine et Hygiène, N° 1180, du 4 février 1976, pp. 157-172.*

Pour la première fois le Tribunal fédéral statue sur la mort cérébrale et les greffes d'organes. *Dans Médecine et Hygiène, N° 1081, du 5 décembre 1973, pp. 1901-1906.*

Euthanasie. *Dans Médecine et Hygiène, N° 1147 (suppl.) du 7 mai 1975, pp. 701-715.*

La responsabilité des médecins et chirurgiens. *Dans Médecine et Hygiène, N° 1141, du 26 mars 1975, p. 500.*

Quelques aspects techniques concernant le procès du médecin-anesthésiste tessinois. *Dans Médecine et Hygiène, N° 1140, du 19 mars 1975, p. 433.*

Le chirurgien paralysé. *Dans Médecine et Hygiène, N° 1112, du 31 août 1974, p. 1304.*

Procès médicaux aux USA. *Dans Médecine et Hygiène, N° 1038, du 3 janvier 1973, p. 36.*

La sécurité en chirurgie. *Documenta Geigy.*

Aspects nouveaux des risques et des responsabilités en médecine. *Colloque de la revue Médecine de France, N° 102, O. Perrin, Ed., Paris 1959.*

Critères circulatoires de la mort du cerveau. *Dans «Les Instantanés médicaux», p. 180.*

L'insémination artificielle. *Cahier du Centre d'Etudes Laënnec Paris, Lethielleux, 1948.*

Changement de sexe. *Revue bimestrielle CIBA d'avril 1972 sur «les troubles psychosexuels».*

Les transplantation d'organes. – Les voies de l'avenir. *Documenta GEIGY, Bâle, 1972 (plusieurs articles).*

Définition des termes médicaux. *Département d'Anesthésiologie, Hôpital cantonal – Genève. Enseignement Infirmières. Février 1967.*

La prémédication. *Département d'Anesthésiologie. Hôpital cantonal - Genève. Mars 1965 – Enseignement médecins.*

Table des matières

page

Avant-propos ... 13
Liste des abréviations ... 21

Première partie

La responsabilité civile du médecin en général

Chapitre I **Fondements de la responsabilité médicale** ... 25

Section 1 Bref historique de la responsabilité médicale ... 25
Section 2 Le droit positif suisse ... 31
Section 3 Le contrat de mandat n'est pas le seul fondement possible de la responsabilité du médecin en droit suisse ... 32
Section 4 La qualification du contrat de soins comme mandat est-elle judicieuse? ... 45
Section 5 La responsabilité médicale à l'étranger ... 50

Chapitre II **Le contrat de soins médicaux en droit suisse** ... 52

Section 1 Portée générale des offres de service du médecin ... 52
Section 2 La formation du contrat médical (art. 395 CO) ... 54
Section 3 L'objet du contrat de soins ... 55
Section 4 La fin du contrat de soins ... 58
Section 5 Restitution des documents médicaux au malade ... 61

Chapitre III **Le consentement du patient à l'acte médical** ... 63

Section 1 La liberté corporelle et ses limites ... 63
Section 2 Nécessité et fondement du consentement du patient ... 64
Section 3 Les phases du consentement ... 67
Section 4 L'information du patient ... 70
Section 5 Qui est habilité à donner son consentement à un acte médical? ... 82
Section 6 Le consentement doit être libre ... 87
Section 7 L'élargissement de l'indication opératoire ... 89
Section 8 Le fardeau de la preuve en matière de consentement ... 93
Section 9 Le consentement écrit du patient ... 97
Section 10 Dans quelle mesure un médecin peut-il pratiquer une intervention contre le gré du patient? ... 100
Section 11 Des conséquences juridiques possibles du refus de recevoir des soins ... 104
Section 12 Effets de l'absence de consentement du patient au traitement ... 106
Section 13 La valeur du consentement est quelque peu illusoire ... 108

Chapitre IV	**Les obligations du médecin**	112
Section 1	Les obligations du mandataire selon le Code des Obligations	112
Section 2	Le contenu du contrat de soins	113
Section 3	L'obligation principale du médecin	114
Section 4	Le secret professionnel	117
Chapitre V	**Les conditions de la responsabilité civile subjective**	130
Chapitre VI	**Le rapport de causalité**	132
Section 1	Le fait: la causalité naturelle	132
Section 2	Le droit: la causalité adéquate	133
Section 3	Une grande vraisemblance du rapport causal suffit	135
Section 4	Les limites de la causalité juridique	135
Section 5	Une autre conception du lien de causalité: la théorie de la perte d'une chance de guérison ou de survie dans la jurisprudence française	139
Section 6	Conclusions	148
Chapitre VII	**La faute**	149
Section 1	La faute en droit commun	149
Section 2	La faute médicale	151
Section 3	Les règles de l'art	160
Section 4	La formation continue du médecin	161
Section 5	La responsabilité accrue du spécialiste	162
Section 6	La distinction entre la faute et l'accident thérapeutique	163
Section 7	Les stades de l'activité médicale	168
Section 8	La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat	172
Section 9	Le médecin répond-il de toute faute ou seulement de sa faute grave?	177
Chapitre VIII	**Le dommage et sa réparation**	185
Section 1	La notion de dommage en droit commun	185
Section 2	Le dommage en matière de responsabilité médicale	187
Section 3	La réparation	189
Section 4	La réparation en cas de mort d'homme (art. 45 CO)	192
Section 5	La réparation en cas de lésions corporelles (art. 46 CO)	197
Section 6	Le mode d'indemnité: rente ou capital?	200
Section 7	La réparation du tort moral	202
Section 8	Les facteurs de réduction de l'indemnité	210
Chapitre IX	**L'action en réparation**	219
Section 1	La qualité pour agir	219
Section 2	Le for	219

Section 3 La prescription 220
Section 4 Le fardeau de la preuve 221
Section 5 La preuve de la faute 225
Section 6 «Res ipsa loquitur» 228
Section 7 La mission du juge et de l'expert 230
Section 8 La conservation des preuves 236

Chapitre X Conclusions de la première partie 237

Section 1 Les réclamations des patients contre les médecins sont en constante augmentation 237
Section 2 Le médecin et le juriste 240
Section 3 La médecine «défensive» 242
Section 4 L'allégement de la responsabilité du médecin 243
Section 5 La partie faible 245
Section 6 Une loi spéciale est-elle nécessaire? 245
Section 7 Une juridiction professionnelle 246
Section 8 La responsabilité objective 247

Deuxième partie

La description de l'acte opératoire

Introduction 253

Chapitre I La consultation 255

Chapitre II L'entrée en clinique du patient et les soins pré-opératoires 259

Chapitre III Bloc opératoire, personnel de salle, instruments et appareils 262

Chapitre IV Le processus opératoire 265

Chapitre V Les suites post-opératoires 270

Troisième partie

Le partage des responsabilités à raison de l'acte opératoire

Chapitre I Les participants à l'acte opératoire 277

Section 1 Notion et composition de l'équipe chirurgicale 277
Section 2 Les conditions d'exercice de la médecine 279

Section 3	Le chirurgien	283
Section 4	L'anesthésiste	283
Section 5	La clinique privée	289
Section 6	Les auxiliaires	292
Chapitre II	**Le partage des responsabilités entre le chirurgien et l'anesthésiste**	294
Section 1	L'ancienne conception de l'équipe chirurgicale: la prépondérance du chirurgien	294
Section 2	La mise en cause « in solidum » de l'anesthésiste et du chirurgien	296
Section 3	La mise en cause du seul anesthésiste	299
Section 4	Jurisprudence illustrant le partage de la responsabilité entre le chirurgien et l'anesthésiste	312
Section 5	Fautes ou erreurs classiques de l'anesthésiste dans la pratique de son art	325
Section 6	Fautes ou erreurs classiques du chirurgien	339
Chapitre III	**La chirurgie esthétique**	352
Section 1	Généralités	352
Section 2	La jurisprudence française de l'entre-deux-guerres	353
Section 3	Le but thérapeutique de la chirurgie esthétique	355
Section 4	La responsabilité aggravée du chirurgien esthétique	357
Section 5	Le chirurgien plastique doit-il garantir un résultat esthétique?	361
Section 6	La jurisprudence française récente	363
Section 7	Le consentement du conjoint	366
Chapitre IV	**Le partage des responsabilités entre la clinique, ses auxiliaires et les médecins de l'équipe chirurgicale**	367
Section 1	Obligations et responsabilité civile de la clinique	367
Section 2	La responsabilité pour autrui	372
Section 3	La responsabilité de l'employeur à raison d'actes illicites de ses employés	376
Section 4	La responsabilité du débiteur à raison de ses auxiliaires en matière contractuelle	380
Section 5	L'autonomie relative des auxiliaires médicaux	386
Section 6	L'acte détachable de l'acte opératoire	389
Section 7	La préposition occasionnelle	392
Section 8	Responsabilité du seul auxiliaire	399
Section 9	Responsabilité exclusive de la clinique	404
Section 10	Responsabilité du seul médecin	409
Section 11	Responsabilité conjointe du médecin, de la clinique ou de l'auxiliaire	414
Section 12	A qui incombent les soins post-opératoires?	423
Section 13	La fixation du patient sur la table d'opération	442
Section 14	La responsabilité à raison des instruments et des appareils	449

Section 15 Les erreurs lors de transfusions de sang ... 463
Section 16 Le partage des responsabilités à raison de l'acte opératoire selon la pratique des assurances françaises ... 468
Section 17 Le « seuil de sécurité » ... 470
Section 18 L'indépendance nécessaire de l'anesthésiste vis-à-vis du chirurgien et de la clinique ... 472

Chapitre V Un arrêt essentiel de la II^e chambre pénale du Tribunal cantonal bernois ... 476

Chapitre VI Conclusions de la troisième partie ... 480

Section 1 L'acte détachable et l'existence d'un contrat indépendant entre l'anesthésiste et le patient ... 480
Section 2 La collaboration nécessaire du chirurgien et de l'anesthésiste au sein de l'équipe opératoire ... 481
Section 3 Les inconvénients pratiques de la théorie du partage des responsabilités ... 483
Section 4 Une solution offrant au lésé une garantie sérieuse de trouver réparation: la responsabilité solidaire des membres de l'équipe opératoire ... 485

Quatrième partie

L'acte médical normal et licite

Section 1 Généralités ... 493
Section 2 La nature particulière de l'acte médical ... 494
Section 3 Les conditions de licéité de tout acte médical ... 498
Section 4 La décision médicale ... 505

Bibliographie ... 509

Achevé d'imprimer le neuf avril mil neuf cent septante-neuf
sur les presses de l'Imprimerie H. Dénéréaz
à Renens.

Les textes ont été composés et mis en pages
par l'atelier de photocomposition EP Société Anonyme
à Lausanne.